



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE**

**“CESARE BECCARIA”**

**DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE “CESARE BECCARIA”**

**CURRICULUM DIRITTO PENALE E PROCESSUALE PENALE**

**XXXI CICLO**

**Tesi di dottorato di ricerca**

**L'AUTOCONTROLLO PENALE**

**Responsabilità penale e modelli di  
autonormazione dei destinatari del precetto**

**DIRITTO PENALE (IUS/17)**

Coordinatore: prof. Claudio LUZZATI

Tutor: prof. Carlo Enrico PALIERO

Candidata: Sara Bianca TAVERRITI

Matricola: R11310

a.a. 2017/2018



We shall not cease from exploration  
And the end of all our exploring  
Will be to arrive where we started  
And know the place for the first time.

T. S. ELIOT



# INDICE

INDICE	5
INTRODUZIONE.....	II
PREMESSA DEFINITORIA .....	19
<b>CAPITOLO I CAUSE E ORIGINI DEL FENOMENO .....</b>	<b>27</b>
1. Le cause di ordine generale .....	28
1.1. Le trasformazioni giuridico-istituzionali derivate dalla globalizzazione .....	29
1.2. I mutamenti sociologici nella società globale .....	32
1.3. Il progresso tecnico-scientifico e la specializzazione settoriale....	39
1.4. La frammentazione sociale in sottoculture settoriali.....	42
1.5. Il contesto culturale economico: Business Ethics, Stakeholder Theory e Corporate Social Responsibility.....	44
1.6. L'organizzazione complessa come candidato alla governance....	48
1.7. Dai sottosistemi sociali al diritto riflessivo .....	49
2. Le cause di natura giuridica .....	53
2.1. Le tendenze comuni all'intero ordinamento .....	53
2.1.1. Il pluralismo giuridico e la stratificazione degli ordinamenti giuridici .....	54
2.1.2. La crisi del paradigma di Command & Control .....	58
2.2. La crisi del diritto penale moderno .....	63
2.2.1. La crisi del principio di legalità in materia penale .....	63
2.2.1.1. Le cause endogene .....	65
2.2.1.2. Le cause esogene .....	73

2.2.2.	L'ineffettività preventiva del paradigma impostato sulla minaccia della pena .....	75
<b>CAPITOLO 2</b>	<b>PARADIGMATICA DELL'AUTONORMAZIONE.....</b>	<b>79</b>
I.	Statica del fenomeno .....	79
1.1.	Gli attori del processo autonormativo .....	80
1.1.1.	Gli enti autonormatori .....	80
1.1.2.	Gli attori statali.....	83
1.1.3.	I gruppi esponenziali.....	85
1.2.	I contenuti delle fonti autonormate.....	86
1.3.	Il metodo adottato .....	90
2.	Dinamica del fenomeno – I modelli anglosassoni.....	92
2.1.	L'autonormazione spontanea: Voluntary Self-Regulation come concretizzazione della compliance strategy.....	93
2.2.	L'autonormazione prevista dallo Stato .....	105
2.2.1.	I diversi gradi di cogenza dell'autonormazione: le strategie dello Stato.....	106
2.2.1.1.	Autonormazione facoltativa.....	107
2.2.1.2.	Autonormazione incentivata .....	109
2.2.1.3.	Autonormazione obbligatoria .....	110
2.2.2.	Le diverse nomenclature e sfumature valorizzate dalla dottrina anglosassone .....	111
2.2.2.1.	La proposta dell'Enforced Self-Regulation (Braithwaite) .....	112
2.2.2.2.	Meta Regulation .....	117
2.2.2.3.	La lettura economicamente orientata di Ogus: <i>Consensual Self-Regulation e Competitive Self-Regulation</i> .....	125
2.2.2.4.	Sintesi sulle esternalità positive e negative della <i>Self-Regulation secondo la dottrina anglosassone</i> .....	131

2.3.	L'uso differenziato del paradigma: autonormazione negoziata ..	135
2.3.1.	Responsive Regulation .....	138
2.3.2.	Smart Regulation .....	144
<b>CAPITOLO 3 LE INTERAZIONI DINAMICHE TRA L'ORDINAMENTO</b>		
STATALE E LE FONTI AUTONORMATE .....		147
1.	La necessità di portare ordine nel pluralismo giuridico .....	147
1.1.	Sulle orme dell'analisi istituzionalista .....	148
1.2.	Metodologia: i criteri adottati per la presente analisi .....	154
1.3.	L'attuazione del principio di sussidiarietà e la proposta del ricorso all' <i>Interventionsrecht</i> .....	156
1.4.	L'autonormazione nell'arsenale del legislatore: relazioni interordinamentali e principio di sussidiarietà .....	160
2.	Autonormazione come paradigma alternativo e parallelo rispetto al diritto penale. Sussidiarietà degli ordinamenti .....	161
3.	Il raccordo tra ordinamenti: l'autonormazione come paradigma ausiliario al diritto penale. Ordinamenti concorrenti. ....	163
3.1.	Autonormazione con funzione suppletiva rispetto al diritto penale .....	165
3.2.	Autonormazione con funzione additiva rispetto al diritto penale .....	167
3.3.	Autonormazione con funzione complementare al diritto penale. .....	168
4.	L'istituzionalizzazione del paradigma autonormativo. Interazione dinamica tra fonti statali e fonti autonormate. Ordinamenti sinergici e integrati .....	169
<b>CAPITOLO 4 L'AUTONORMAZIONE NEL SISTEMA ITALIANO .....</b>		
1.	Tre banchi di prova per il paradigma riflessivo nell'ordinamento interno.....	173
2.	I Modelli organizzativi <i>ex</i> D.Lgs. 231/2001 .....	174
2.1.	Il M.O.G. nel testo del Decreto 231/2001.....	175
2.2.	Metodologia e contenuti del M.O.G.....	182
2.3.	L'analisi del M.O.G. attraverso le categorie dell'autonormazione .....	196

2.4. Le funzioni del M.O.G. nel sistema 231 .....	198
3. I Piani per la prevenzione della corruzione negli enti pubblici .....	201
3.1. La prevenzione della corruzione <i>ex</i> L. 190 del 2012: il sistema delle fonti.....	203
3.2. Il sistema anticorruzione sul piano organizzativo.....	205
3.3. Dal Piano Nazionale Anticorruzione ai Piani per la prevenzione decentrati .....	211
3.4. L'analisi dei piani anticorruzione attraverso le categorie dell'autonormazione.....	225
4. Le Linee guida medico chirurgiche .....	229
4.1. Evoluzione normativa in materia di linee guida medico-chirurgiche.....	234
4.1.1. La rilevanza giurisprudenziale delle linee guida prima del 2012 .....	234
4.1.2. La positivizzazione del rinvio con il decreto Balduzzi.....	237
4.1.3. La riforma del decreto Gelli-Bianco.....	245
4.2. Metodi di adozione e contenuti delle linee guida e dei protocolli.....	254
4.3. L'analisi delle linee guida attraverso la categoria dell'autonormazione.....	259
<b>CAPITOLO 5 AUTONORMAZIONE E SISTEMATICA PENALE .....</b>	<b>263</b>
1. La circolazione e l'impatto del paradigma nel sistema penale.....	263
1.1. L'itinerario dell'analisi: dalla sistematica del reato alla politica-criminale .....	264
2. Autonormazione e reati d'obbligo .....	266
2.1. La categoria dei reati d'obbligo nella dottrina tedesca e italiana: cenni .....	266
2.2. Breve <i>excursus</i> sui nuclei di disvalore rilevanti per i reati d'obbligo.....	269
2.3. Eterointegrazione delle fattispecie d'obbligo mediante il rinvio a fonti autonormate .....	271
3. Autonormazione e fatto tipico colposo: i sistemi autonormativi come (meta) regole cautelari .....	275



3.1. Il tipo colposo come fattispecie a struttura fisiologicamente aperta.....	275
3.2. Le cautele autonormate nella distinzione <i>liquida</i> tra colpa generica e colpa specifica .....	279
3.3. Chiosa <i>de iure condendo</i> : spunti per un miglioramento dell'eterointegrazione del tipo colposo mediante il ricorso a cautele specifiche autonormate .....	285
4. Autonormazione come fonte di scriminanti procedurali?.....	289
4.1. La categoria delle scriminanti procedurali nella loro ambientazione originaria.....	289
4.2. Le possibili applicazioni nel contesto del diritto penale economico: elementi di diritto riflessivo come strumenti di co-regolamentazione dello spazio lecito.....	296
4.2.1. L'esimente di cui all'art. 217 bis l. fall.....	296
4.2.2. Le esimenti di cui agli artt. 183 lett. b) e 187-ter c. 4 T.U.F.	299
4.3. Le affinità tra il paradigma autonormativo e le scriminanti procedurali .....	300
5. L'adempimento dell'obbligo autonormativo come causa di estinzione della punibilità .....	303
5.1. Uno sguardo all'esperienza nordamericana dei <i>Pre-Trial Diversion Agreements</i> .....	303
5.2. Autonormazione e negoziazioni della punibilità nel sistema italiano di responsabilità dell'ente dipendente da reato .....	311
6. Autonormazione in luogo di o a supporto della criminalizzazione ...	316
BIBLIOGRAFIA	323



# INTRODUZIONE

## **Autonormazione e Diritto Penale**

Il tema dell'autonormazione si affaccia sul panorama penalistico nell'ambito dell'ampio dibattito sviluppatosi attorno alla crisi (ormai endemica) del principio di legalità. In quel contesto, il fenomeno autonormativo si dispiega in maniera ambivalente, incarnando una delle (con)cause che contribuiscono alla torsione del principio di legalità e, al contempo, uno dei prodotti rilasciati dalla crisi stessa. Da questo punto di vista, l'impatto delle fonti autonormate produce sul sistema due evidenti conseguenze: se sul piano della legalità formale, la possibilità che la fonte privata concorra a definire la norma penale comporterebbe uno svilimento della riserva di legge *ex art. 25 c. 2 Cost.*; su quello della legalità sostanziale si osserva un recupero in termini di determinatezza del precetto. Così, la frustrazione delle garanzie formali-procedurali ancorate alla fonte di matrice statale è almeno in parte compensata da effetti benefici in termini di prevedibilità e di certezza del diritto.

Per altro verso, osservando il fenomeno in chiave sociologica, l'autonormazione rivela tratti di interesse soprattutto sotto il profilo della ricerca di alternative al paradigma penalistico della deterrenza mediante minaccia di pena. In questo senso, il paradigma autonormativo implica l'introduzione di strumenti di prevenzione e contrasto del reato inediti che si accostano alla pena. La prospettiva riveste una certa pregnanza soprattutto in termini di politica-criminale (*rectius* politica sociale di prevenzione), poiché

accosta alla strategia repressiva – cronicamente polarizzata sulla pena (segnatamente, quella detentiva) – una strategia preventiva, per così dire, ‘pura’ che indirizza l’intervento verso la rimozione (o mitigazione) delle cause del reato, destrutturando i prodromi criminologici dello stesso.

A favore dell’ipotesi che postula la maggiore efficacia dei sistemi autonormativi milita una caratteristica correlata alla struttura su cui si innesta il sistema sub-statuale, che coincide con quello delle organizzazioni complesse. L’articolazione secondo relazioni gerarchiche, la segregazione delle funzioni e la distribuzione di compiti e poteri interni genera un’impalcatura che consente la pianificazione e la disciplina delle condotte umane che prendono corpo all’interno dell’organizzazione complessa.

Sempre sul versante preventivo, l’autonormazione esibisce un’altra potenzialità in grado di influire sul piano della prevenzione intesa in senso ampio; in questo caso quella dell’efficacia del sistema nella fase di *crime detection*. Di norma, il sistema autonormato nasce in aree ben più circoscritte rispetto a quella statale, conseguentemente la diffusività dell’*enforcement* e la capillarità dei controlli propria dei sistemi autonormativi (più prossimi al potenziale autore) si traducono in una maggiore efficacia preventiva delle condotte criminose.

Spostandosi dal piano criminologico a quello dei principi, assunta come ipotesi la maggiore efficacia preventiva dei sistemi autonormativi, l’opzione politico-criminale (in senso ampio) a favore dell’autonormazione si presenta come l’occasione per realizzare un riordino dell’ordinamento penale secondo una fisionomia complessiva che rispecchi maggiormente il principio di sussidiarietà.

Va subito chiarito che l’autonormazione, quantomeno per i casi di cui ci occuperemo, non è in grado *per se* di aprire il varco a processi di

depenalizzazione; non si atteggia – dunque – come alternativa sostitutiva del diritto penale, ma – piuttosto – fornisce un’alternativa ausiliaria e anticipatoria rispetto al diritto penale. Al più, dunque, l’autonormazione potrà essere impiegata al fine di contenere l’estensione del diritto penale, e quindi avrà come effetto quello di trattenere il legislatore dalla criminalizzazione (*ex novo*) di condotte emergenti nei contesti dalla modernità ancora non regolamentati. In questo senso, l’autonormazione funge da argine ai processi di panpenalizzazione, pronti ad innescarsi sull’onda dell’emergenza e del panico suscitato dall’incapacità di governare contesti nuovi.

Nel caso in cui l’incriminazione – invece – è già stata formalizzata, l’autonormazione può essere impiegata sulla gestione dell’esistente, per esempio posticipando la risposta penalistica al momento in cui gli strumenti autonormativi si siano rivelati vacui, o comunque introducendo requisiti addizionali che incorporino la violazione degli obblighi (o il mancato assolvimento di oneri) di autonormazione come (parte dell’) elemento costitutivo della responsabilità penale.

Il discorso sull’autonormazione acquisisce dunque un’ambivalenza che segue tendenze opposte: da un lato, rischia di infliggere un ulteriore *vulnus* al principio di legalità, nella misura in cui lo Stato tollera (ma anche autorizza, incentiva, impone) il concorso del soggetto privato (o comunque di una fonte sublegislativa) nella gestione della questione criminale; dall’altro, il paradigma esibisce tratti in grado di rimediare ad alcune delle fragilità che si sono manifestate nell’ambito del diritto penale tradizionale quali l’indeterminatezza della norma penale – che determina un ampliamento incontrollato e non predeterminabile del penalmente rilevante – e quella della concreta attuazione del principio di sussidiarietà nel sistema penale.

In questo scenario di spinte contrastanti, sarà necessario capire se i benefici arrecati dal paradigma autonormativo compensino i costi ad esso legati, verificando se l'attuale assetto in cui si articola la relazione tra sistema autonormato e sistema statuale sia calibrata secondo una ripartizione ottimale.

*C'est à dire: in primis*, saggiare la compatibilità del paradigma con il nostro ordinamento; in secondo luogo, metterne in risalto gli esiti in punto di effettività; per poi, in ultimo, verificare se l'impiego del paradigma nel nostro ordinamento non possa essere meglio calibrato (bilanciando più adeguatamente le istanze garantistiche con quelle preventive).

### **Il piano della ricerca**

Chiarito l'interesse che il tema riveste per il penalista, occorre illustrare quali saranno i passaggi nei quali si articola la ricerca.

In primo luogo, si rende necessaria una ricognizione definitoria che renda conto della portata del fenomeno. Infatti, sebbene il termine 'autonormazione' ben si presti a rendere sinteticamente l'idea del trend oggetto di ricerca, occorre tener presente che l'autonormazione si compone di una costellazione di molteplici versioni diversamente articolate.

Dopo la ricognizione e la perimetrazione del campo di indagine, la ricerca si rivolge verso l'esigenza di rintracciare le cause che hanno determinato la comparsa dell'autonormazione nel panorama delle fonti. La molteplicità delle cause che hanno fomentato il fenomeno ha suggerito di ripartirle in due macro-categorie afferenti l'una al campo delle trasformazioni sociali verificatesi nella modernità, l'altra alla dimensione relativa alla metamorfosi del panorama delle fonti giuridiche (non solo)

penalistiche. Questa sarà anche l'occasione per volgere lo sguardo verso la fenomenologia della galassia autonormativa, offrendo una breve e rapsodica antologia delle ipotesi di autonormazione affermatesi in diversi settori operativi, tanto a livello regionale quanto a quello transnazionale.

Esaurita l'analisi eziologica, l'indagine si dirige verso la struttura statica del paradigma giuridico riflessivo e sulle sue possibili interazioni dinamiche con l'ordinamento statale. Tale approfondimento – lungi dal rivestire un interesse meramente descrittivo – si rende necessario per comprendere alcuni degli snodi essenziali del paradigma e per dotarsi dell'armamentario di strumenti e categorie necessarie per l'analisi di alcuni esempi di *Self-Regulation* affermatasi in Italia.

Dal punto di vista statico, sarà necessario indentificare gli attori che partecipano al processo autonormativo, individuarne gli elementi costitutivi, e rintracciare i metodi di *law-making* applicabili.

Muovendo dalle componenti atomistiche a quelle complesse, per tracciare una prima mappatura delle architetture ricorrenti nelle esperienze autonormative, è stata fondamentale la ricognizione delle classificazioni maturate nella dottrina anglosassone, che ha analizzato il fenomeno giuridico servendosi dei metodi di indagine tipici delle scienze sociali ed economiche, per poi tradurne i risultati in paradigmi teorici.

Spostandosi sul piano dinamico, è necessario investigare gli snodi di raccordo e le possibili interrelazioni esistenti tra i sistemi autonormativi e il sistema statale, saggiando il grado di interazione e di interferenza reciproci. In questo senso, sarà cruciale l'osservazione dei movimenti verticali – ascendenti e discendenti – che si verificano tra lo Stato e le *Self Regulative Agencies*: dal basso, l'affiorare di fonti autonormate che si affermano *de facto* e spontaneamente in settori specifici; dall'alto, l'assegnazione del compito

autonormativo da parte dello Stato, che, da opzione volontaria, trasmuta gradualmente in un onere, sino a divenire un vero e proprio obbligo gravante sul legislatore *sub*-statuale.

Mantenendo la prospettiva che considera le relazioni tra ordinamenti, l'indagine volge verso l'individuazione degli ostacoli che possono frapporsi all'affermazione della *Self-Regulation* nel nostro ordinamento penale. *In primis*, occorre vagliare la compatibilità di questo fenomeno giuridico – tanto nella sua dimensione astratta, quanto in quella *in action* – con i vincoli costituzionalmente imposti in materia penale.

Fissato l'apparato teorico di riferimento, sarà il momento – finalmente – di applicarlo ai modelli autonormativi interni scelti come oggetto specifico di analisi. Il *focus* dell'analisi si sposterà sui tre esempi italiani di autonormazione selezionati come banco di prova per l'indagine: i modelli organizzativi ex D.Lgs. 231 del 2001; i piani per la prevenzione della corruzione, introdotti con la c.d. Legge Severino (L. 190 del 2012); e, infine, le Linee Guida medico chirurgiche in relazione alla responsabilità colposa configurabile nell'esercizio delle attività medico-chirurgiche da parte del personale sanitario. L'analisi sarà condotta alla stregua dei criteri nomostatici e nomodinamici sopra individuati ponendo come oggetto gli ordinamenti riflessivi individuati.

Gli esiti di questa disamina sono stati poi trasfusi sul piano della sistematica del reato per individuare le diverse collocazioni che l'autonormazione può assumere all'interno della dogmatica penalistica. Concluse le considerazioni ermeneutiche riguardanti la ricognizione dell'assetto attuale del sistema, si illustrano le criticità che lo affliggono e le disfunzioni che – sino ad oggi – non hanno consentito all'autonormazione di dispiegare a pieno il suo potenziale preventivo. In conclusione, si formulano



alcune proposte di riforma volte a rimediare, o – quantomeno – a contenere le criticità emerse, ipotizzando una ridefinizione degli spazi riservati all'autonormazione e una revisione delle strategie di impiego del paradigma riflessivo, al fine di conseguire le esternalità positive che lo stesso promette

.

## PREMESSA DEFINITORIA

Prima di iniziare l'analisi del fenomeno oggetto della trattazione, occorre svolgere una premessa di carattere definitorio al fine di perimetrare adeguatamente il campo di indagine. Conviene subito chiarire che nel riferirsi all'autonormazione, gli studiosi richiamano un'ampia pluralità di definizioni in cui tale nozione assume contorni variabili. In questa nota preliminare, si tenterà di dare conto delle principali definizioni emerse nella dottrina che maggiormente si è occupata di questo macro-fenomeno; anche se, al fine della presente trattazione, l'unica via percorribile pare quella dell'adozione di una definizione stipulativa del concetto di autonormazione in materia penale. Ciò si rende necessario per tracciare il confine entro cui spazierà la ricerca, ma anche – e soprattutto – per ambientare in un contesto di *Civil Law* un argomento che ha trovato maggiore approfondimento soprattutto nei Paesi di *Common Law*.

Si partirà quindi dalla individuazione del concetto di autonormazione, che è sicuramente quello che presenta le maggiori complessità definitorie, per poi svolgere solo alcune precisazioni rispetto alla locuzione “in materia penale”, che sarà funzionale alla illustrazione dell'accezione in cui il concetto viene evocato.

## Autonormazione: definizioni

Cercando di fornire, in via di prima approssimazione, una definizione restrittiva del fenomeno, si può dire che l'autonormazione corrisponde alla formulazione di norme comportamentali *da parte degli stessi soggetti che ne sono destinatari*, ovvero – detto altrimenti – la tecnica normativa secondo la quale la regola è forgiata ed imposta *dal suo stesso destinatario*. Da questa definizione emerge, quale tratto distintivo, quello della coincidenza tra ente normatore e destinatario della norma: cioè il *carattere riflessivo* della normazione.

Inquadrata dalla prospettiva delle fonti giuridiche, l'autonormazione costituisce una *species* inserita nel (sempre crescente) *genus* 'normazione extra-statuale'. Per quanto rileva ai fini della presente ricerca, si prenderanno in considerazione le *sub-species*, da un lato, dell'autonormazione privata, promanante nell'ambito del fenomeno di privatizzazione delle fonti giuridiche; dall'altro, dell'autonormazione pubblica, che si inserisce nel processo di delegazione di funzioni legislative a organi amministrativi.

Accogliendo, invece, una nozione più ampia, l'autonormazione si può identificare con quel tipo di regolamentazione di matrice settoriale, in cui la funzione del legislatore è ricoperta da esponenti di settore che coagula comuni interessi economici o professionali. In questa dimensione spicca il carattere specialistico e tecnocratico come elemento distintivo, mentre il profilo di riflessività rileva solo per il fatto che, e nella misura in cui, il soggetto che crea la regolamentazione proviene dallo stesso *milieu* in cui operano i destinatari.

Sono dunque riconoscibili come enti autoregolatori le organizzazioni complesse, le associazioni di categoria, gli ordini professionali, gli enti privati che forniscono *standards* di riferimento per particolari settori, gli organismi che

presiedono federazioni sportive, gli enti pubblici periferici o settoriali, enti tecnico-scientifici.

Restano invece fuori dal campo della presente analisi i prodotti normativi delle Autorità amministrative indipendenti (c.d. *Authorities*) che pure condividono con l'accezione di autonormazione qui accolta alcuni tratti distintivi quali l'applicazione giuridica segregata per settore e la specializzazione tecnica del legislatore. In questi casi, a parere di chi scrive, mancano alcuni dei requisiti più squisitamente connotativi dell'autonormazione<sup>1</sup>.

Conviene sin da ora specificare che il fenomeno non si manifesta soltanto entro il perimetro della funzione normativa. Nelle sue forme più sofisticate e strutturate, infatti, l'autonomia dell'ente regolatore si esplica anche nella fase esecutiva e nella fase sanzionatoria della vita della norma autonormata. In questi casi, dunque, il concetto di autonormazione fa riferimento a un vero e proprio sub-sistema in cui le funzioni di autocontrollo, autodisciplina e autodichia vengono gestite da soggetti diversi dallo Stato.

### **La circoscrizione del fenomeno all'ambito penalistico**

Nonostante il diritto penale sia uno dei rami in cui il paradigma autonormativo ha stentato maggiormente ad affermarsi, sono ormai numerosi i

---

<sup>1</sup> Generalmente si tratta di organi para-legislativi costituiti *ad hoc* mediante legge, caratterizzati da un rapporto verticale ed eteroimposto tra ente regolatore e soggetti regolamentati. Le norme emanate sono corredate da sanzioni che vengono inflitte in virtù del potere sanzionatorio conferito (e legittimato) *ex lege*. Questi enti appaiono perciò come una indiretta emanazione della politica legislativa statale. In sostanza, non è sufficientemente spiccato il carattere di indipendenza e alterità rispetto al potere statale, tanto che non sembra possibile identificare le *authorities* come sub-sistema autonomo.

casi di autonormazione che interferiscono con l'ordinamento penale. La connotazione penalistica riferita al fenomeno autonormativo può declinarsi seguendo diverse direttrici, che pure si intersecano e si sovrappongono in alcuni casi.

### **Le relazioni tra criminalità e ente autonormatore**

Per prima cosa, avendo riguardo all'ambito applicativo in cui il fenomeno va affermandosi, è necessario precisare che l'approccio di contrasto della criminalità mediante autonormazione si manifesta seguendo diverse direzioni. Possono darsi casi in cui i reati oggetto di prevenzione siano quelli che possono essere commessi a vantaggio dell'ente autoregolatore autonormatrice (così nel caso dei Modelli Organizzativi ex D.Lgs. 231/2001), ma anche altri in cui gli stessi siano commessi a suo detrimento (Piani per la prevenzione della corruzione nelle P.A.), ovvero ipotesi in cui il reato rappresenti un rischio tipico dell'attività disciplinata che si pone in termini neutrali rispetto all'interesse dell'ente regolatore (Linee Guida medico-chirurgiche). Quest'ultimo campo è quello che offre il potenziale più promettente: i reati colposi, privi del disvalore di intenzione che indirizza la condotta, si manifestano per lo più come un effetto collaterale dell'attività svolta, ma – essendo fortemente polarizzati sulla condotta – si prestano particolarmente al paradigma della prevenzione mediante organizzazione.

### **Regole autoimposte e norma penale**

Dal punto di vista delle fonti giuridiche, l'interesse per l'autonormazione emerge in quanto questa può concorrere a definire la norma penale. È quindi evidente che sotto questo profilo si faranno più concreti i dubbi di legittimità

costituzionale dell'autonormazione penalistica in punto di rispetto della riserva di legge. In questa prospettiva, si rivela di particolare importanza l'individuazione del piano sul quale autonormazione e norma penale si intersecano per comprendere rispetto a quali categorie dogmatiche si crei una dialettica tra paradigmi. Le più macroscopiche frizioni possono evidentemente crearsi sul piano della tipicità, mentre più tollerabili (e tollerate) paiono le interferenze che possono dispiegarsi sul piano della colpa, delle scriminanti o della punibilità. D'altra parte, soprattutto in termini di legalità, sarà dirimente lo scrutinio degli istituti di raccordo impiegati dal legislatore statale e l'ampiezza delegata alle fonti extra-legislative.

### **La prevenzione mediante autonormazione come alternativa al diritto penale**

Per altro verso, l'autonormazione si accosta al diritto penale come paradigma alternativo di prevenzione (cfr. Cap. 3 e Cap. 5, §6). Si tratta, in buona sostanza di una forma di impiego del diritto in funzione promozionale, che punta all'incoraggiamento piuttosto che alla deterrenza<sup>2</sup>. In quest'ottica, va precisato che il paradigma, pur ponendosi in termini di alternatività rispetto al diritto penale, non è *per se* in grado di sostituirsi alla repressione mediante pena.

Segnatamente, ciò sarà possibile in quei settori ancora scevri dall'intervento del legislatore penale: il legislatore privato, in questo caso si protende spontaneamente verso la mitigazione del rischio/la prevenzione dei

---

<sup>2</sup> N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla Struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di comunità, 1977, p. 13 ss.

reati per evitare che la legislazione venga eterodeterminata secondo maglie ben più stringenti e difficilmente adattabili al contesto disciplinando.

La condotta può restare esclusa dalla repressione penalistica per due ordini di motivi. Può darsi il caso in cui, nel contesto d'interesse, verosimilmente contrassegnato da un elevato grado di progresso tecnologico, si manifestino aggressioni a beni giuridici già tutelati penalmente, ma che si sottraggono alle maglie dell'incriminazione perché si concretizzano secondo dinamiche criminose nuove che sfuggono alla tipizzazione precedentemente operata dal legislatore. Oppure, può darsi il caso in cui il settore faccia aggallare nuovi rischi prima non esistenti o comunque non messi a fuoco dal legislatore. In entrambi i casi, nel sub-sistema attorno al quale gravitano i rischi summenzionati, l'interesse preponderante è quello di estinguere sul nascere i rischi connaturati alla tipologia di attività svolta (o quantomeno di renderli impercettibili), in modo che il rischio permanga in una dimensione meramente astratta e asintomatica<sup>3</sup>. L'autocontrollo sarà, dunque, intrapreso volontariamente con una massimizzazione degli sforzi al fine di realizzare lo scopo preventivo. Osservando la dinamica dalla prospettiva del condizionamento del consenso da parte degli attori extra-statali, il fine è qui mitigare il rischio per evitare l'insorgenza di nuovi bisogni di pena<sup>4</sup>.

Per altro verso, l'autonormazione può essere utilizzata come 'anticamera' dell'incriminazione, come pre-minaccia (pre-deterrenza) dell'intervento statale. Infatti, sebbene l'approccio autonormativo possa apparire come una strategia

---

<sup>3</sup> Si pensi alle *policies* interne rilasciate da Facebook all'indomani degli scandali Cambridge Analytica e in seguito al crescente biasimo che l'opinione pubblica ha rivolto nei confronti dei social network nell'amplificazione del fenomeno *fake news*.

<sup>4</sup> C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss



che soffoca l'intervento statale, si presentano casi in cui l'autonormazione è promossa dallo Stato sotto l'implicita premessa che, in caso di mancata efficacia di questa strategia regolativa, vi sarà una pronta la risposta statale<sup>5</sup>.

In tutti questi casi, dunque, si può ipotizzare che l'autonormazione costituisca un argine rispetto all'estensione degli ambiti penalmente rilevanti, assumendo un precipuo ruolo nella concretizzazione del principio di sussidiarietà.

Spostandosi negli ambiti già tutelati mediante diritto penale, l'autonormazione si accosta all'arma penalistica come strumento ausiliario nelle mani del legislatore statale, che può reclamare l'intervento delle fonti autonormative in chiave di co-gestione del rischio penale. Anche in questo caso è possibile scorgere in questo tipo di dinamica una concretizzazione del principio di sussidiarietà, ma – stavolta – nel senso di una depenalizzazione (quantomeno di fatto). Il paradigma autonormativo ausiliario realizza, in questo caso, un approccio integrato di prevenzione del reato in cui – all'effetto deterrente della minaccia della sanzione penale – si accosta una strategia che interferisce proceduralmente sulle cause, sull'ambiente e sul comportamento dei potenziali autori che gravitano nell'area di rischio rilevante. In questo senso, qualora il paradigma aggregato di prevenzione riveli di avere buone *chances* di successo, potrebbe generare l'abbandono di quelle tendenze che – tanto nella dottrina, ma soprattutto nella prassi giudiziaria – tendono a difendere il pan-penalismo quale unico rimedio possibile e proporzionato rispetto ai rischi

---

<sup>5</sup> R. BALDWIN-M. LODGE-M. CAVE, *Self-Regulation, Metaregulation and Regulatory Networks*, in *Understanding Regulation*, 2011, Oxford University Press.

promananti dalla società del rischio<sup>6</sup>. Proprio in quell'ambito, si sono infatti sviluppate le tendenze che hanno portato ad un'anticipazione sempre più arretrata della tutela penalistica<sup>7</sup> che ha fatto assumere al diritto penale moderno una connotazione per un verso meramente simbolica<sup>8</sup>, per un altro fortemente autoritaria<sup>9</sup>. Qualora si riuscisse a dimostrare che l'ordinamento giuridico è in grado di valersi di supporti ausiliari per assolvere alla funzione preventiva, la precedente allocazione della penalità risulterebbe evidentemente sovradimensionata/sproporzionata rispetto alle finalità di difesa sociale precedentemente calibrate sulla sanzione penale. Così, l'incriminazione potrebbe recuperare il suo ruolo di strumento da impiegare come *extrema ratio* nell'ordinamento, mentre i territori attualmente occupati (abusivamente) dal diritto penale, ricadrebbero nella sfera dell'autonormazione. In questo stesso senso, la maggiore tendenza deflativa pare essere fomentata da quei sistemi autonormativi che incorporano un sistema sanzionatorio interno attivabile di fronte alle violazioni delle regole autoimposte.

---

<sup>6</sup> Sul punto si rimanda al dibattito riportato nel volume AA. VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte : atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, a cura di Luigi Stortoni e Luigi Foffani, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>7</sup> Spostamento che si verifica a favore di incriminazioni incentrate sul pericolo invece che sull'evento, o tramite l'estensione in via ermeneutica del penalmente rilevante attraverso la dilatazione dei confini del tipo. Sul punto, oltre a quanto si osserverà in seguito, cfr. per tutti J. M. SILVA SANCHEZ; *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, a cura di Vincenzo Militello, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>8</sup> Realizzando infondendo un'apparente rassicurazione rispetto al rischio socialmente percepito dall'opinione pubblica mediante lo stigma della pena. Sul punto cfr. C. PRITTWITZ, *Società del rischio e diritto penale*, in AA. VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte*, cit., p. 371 ss.

<sup>9</sup> In questo senso, lo stigma della pena viene utilizzato nei confronti di comportamenti che si muovono nell'ambito del rischio socialmente accettato e promosso. La pena viene cioè usata come sistema di controllo sociale per promuovere un particolare comportamento, ma anche per scaricare sul soggetto più prossimo al rischio, le conseguenze giuridiche della verifica dello stesso. Sul punto, ancora, C. PRITTWITZ, *Op. Ult. cit.*

# Capitolo 1

## CAUSE E ORIGINI DEL FENOMENO

SOMMARIO: 1. Le cause di ordine generale - 1.1 Le trasformazioni giuridico-istituzionali derivate dalla globalizzazione - 1.2 I mutamenti sociologici nella società globale - 1.3 Il progresso tecnico-scientifico e la specializzazione settoriale - 1.4 La frammentazione sociale in sottoculture settoriali - 1.5 Il contesto culturale economico: Business Ethics, Stakeholder Theory e Corporate Social Responsibility - 1.6 L'organizzazione complessa come candidato alla governance - 1.7 Dai sottosistemi sociali al diritto riflessivo - 2. Le cause di natura giuridica - 2.1 Le tendenze comuni all'intero ordinamento - 2.1.1 Il pluralismo giuridico e la stratificazione degli ordinamenti giuridici - 2.1.2 La crisi del paradigma di Command & Control - 2.2 La crisi del diritto penale moderno - 2.2.1 La crisi del principio di legalità in materia penale - 2.2.1.1 Le cause endogene - 2.2.1.2 Le cause esogene - 2.2.2 L'ineffettività preventiva del paradigma impostato sulla minaccia della pena

Il fenomeno che abbiamo definito nelle pagine precedenti costituisce il risultato di un'eziologia multifattoriale in cui si avvicinano cause riferibili alla realtà sociologica contemporanea e cause che, invece, riguardano l'universo giuridico.

Alla radice del primo gruppo di cause, possono annoverarsi le trasformazioni economiche determinate dai processi di globalizzazione, che hanno consentito l'affermazione delle imprese multinazionali come nuovi attori sociali, e la sempre crescente sofisticazione del sapere umano che determina la frammentazione del tessuto sociale in sottoculture tecnico-scientifiche specializzate, in cui sorgono problematiche dominabili solo dai detentori delle conoscenze specifiche del settore di appartenenza.

Il secondo gruppo di cause è ascrivibile, invece, al processo di crisi della sovranità statale e alla metamorfosi delle fonti del diritto determinati tanto da

fattori di erosione rinvenibili nell'ordinamento interno, quanto dalle pressioni esercitate dai formanti sovranazionali sul diritto interno.

L'azione di ciascuna delle cause che si illustreranno nel prosieguo del capitolo si dispiega sinergicamente rispetto alle altre e non è possibile attribuire a ciascuna di esse un peso specifico rispetto all'affermazione del fenomeno autonormativo. Tuttavia, per ragioni di chiarezza espositiva si è ritenuto di ripartire le cause in due macro-categorie: da una parte le cause di ordine generale, in cui rientrano le tendenze economiche, sociologiche e tecnico-scientifiche della contemporaneità (cfr. § 1); dall'altra le cause di natura giuridica, che includono sia i movimenti che si manifestano sull'intero ordinamento giuridico sia quelli specifici della materia penale (cfr. § 2).

## **1. Le cause di ordine generale**

Le condizioni che hanno creato un terreno fertile per l'autonormazione sono molteplici, come pure numerose sono le sfaccettature offerte dalla società contemporanea. Nell'addentrarsi *in munere alieno*, è parso necessario scandagliare – seppur nei limiti imposti dall'economia complessiva di questo lavoro – alcuni dei passaggi cruciali che hanno contraddistinto la metamorfosi della modernità. Procedendo in maniera rapsodica, si esporranno i tratti salienti delle ricadute della globalizzazione sul diritto (§ 1.1) e sui rapporti tra gli attori sociali dello scenario globale (§ 1.2), le origini dell'autonormazione nel campo della specializzazione tecnico-scientifica (§ 1.3). Gli ultimi quattro tasselli di questo paragrafo cercano di dare conto delle motivazioni che hanno determinato la convergenza degli *input* e degli *output* autonormativi verso l'organizzazione complessa differenziata rispetto alla società nella sua

dimensione complessiva. In questo senso si analizzeranno la frammentazione della società in sotto-sistemi (§ 1.4), alcune teorie economiche che indirizzano verso l'impresa istanze di tutela tradizionalmente di competenza statale (§ 1.5) e l'emersione dell'organizzazione complessa come soggetto in grado di gestire la complessità (§ 1.6) attraverso lo strumento del diritto riflessivo (§ 1.7)

### **1.1. Le trasformazioni giuridico-istituzionali derivate dalla globalizzazione**

Tra le metamorfosi che hanno caratterizzato la società moderna, la globalizzazione è certamente quella che ha avuto maggiore impatto in termini di modificazione delle istituzioni sociali e di relazioni tra le stesse<sup>10</sup>. La rampante corsa degli operatori economici verso la conquista di spazi su scala mondiale ha creato uno scarto notevole rispetto alla dimensione degli stati, e ha determinato un progressivo declino della supremazia del potere statale su quello economico<sup>11</sup>.

Se dal punto di vista economico la globalizzazione costituisce la cifra genetica e lo sviluppo fisiologico del capitalismo, il suo impatto sul piano politico-istituzionale risulta deflagrante rispetto ai tradizionali modelli fortemente stato-centrici dell'Europa continentale<sup>12</sup>. L'assenza di un'entità autoritativa transnazionale equivalente (o quantomeno paragonabile) a quella

---

<sup>10</sup> Per una raffinata introduzione all'argomento cfr. M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma, Laterza, 2012.

<sup>11</sup> J. BRAITHWAITE-P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000, p. 511.

<sup>12</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, p. 12.

degli stati moderni rende lo scacchiere mondiale privo di un governo sovraordinato rispetto agli attori della globalizzazione che ne disciplini le interrelazioni su scala mondiale<sup>13</sup>. Si realizza così un trasferimento di funzioni e di poteri dalla sfera statale a quella del mercato, che nei più recenti sviluppi ha riguardato anche l'esercizio di un potere normativo da parte degli operatori economici<sup>14</sup>.

In particolare, il sopravanzamento delle imprese transnazionali rispetto agli stati nei movimenti della società globale sarebbe stato reso possibile da tre condizioni che contraddistinguono l'agire imprenditoriale rispetto a quello statale<sup>15</sup>. In primo luogo, l'impresa si afferma su scala mondiale grazie all'universalità del linguaggio degli interessi economici, in grado di porre in relazione società diverse per struttura oltre che distanti geograficamente. La seconda condizione riguarda la creazione (e la crescente espansione) dell'economia finanziaria basata sulla dematerializzazione della proprietà<sup>16</sup>, sulla progressiva astrazione dal concetto di moneta, e sulla mobilità e rischiosità dei mercati. In ultimo, lo scarto tra gli stati e le multinazionali sarebbe

---

<sup>13</sup> Cfr. S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009; M. R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., p. 131; L. CATA BACKER, *The Emerging Normative Structures of Transnational Law: Non-State Enterprises in Polycentric Asymmetric Global Orders*, in *BYU Journal of Public Law*, 2016, vol. 31, p. 1

<sup>14</sup> S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna 1998, p. 57; A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 58.

<sup>15</sup> M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit., pp. 31 e ss.

<sup>16</sup> Che si contrappone all' «(...) "individualismo possessivo ottocentesco" che "stabilizzando la proprietà in una dimensione solitaria ed individualistica, ed in una finalità "di status", svolse un ruolo ambivalente sotto il profilo della funzionalità economica. Per un verso attuò una sorta di *property rights theory ante litteram*, nell'intento di potenziare l'efficienza economica. Ma per un altro verso, la proprietà intesa in senso individualistico tendeva a creare situazioni stabili e sicure, in conflitto con la possibilità di realizzare ulteriori frontiere di efficienza, attraverso maggiore esposizione al contratto ed al mercato» M. R. FERRARESE, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in *L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, p. 18-19.

attribuibile all'intimo nesso tra capitalismo e tecnologia, così profondo che la scienza e la tecnica, incorporate nel mondo della produzione, sono a disposizione degli attori economici prima ancora di quelli statali.

Inoltre, va segnalato come lo sviluppo dei mezzi di comunicazione e la loro diffusione nello spazio virtuale che ne consente la estesa e semplice accessibilità da parte di un numero sempre crescente di utenti abbia rivoluzionato le modalità relazionali degli attori sociali.

Sullo scenario di questi cambiamenti si consuma l'alterazione delle relazioni tra lo spazio giuridico e quello territoriale. Tradizionalmente ancorati entrambi al concetto dello stato-nazione, nel contesto globale, tanto la dimensione giuridica – che si articola seguendo percorsi di internormatività – quanto quello territoriale – i cui confini divengono valicabili anche senza che sia necessario lo spostamento fisico degli individui – tendono a perdere pregnanza, assumendo contorni sempre più sfumati.

In questo contesto l'arena giuridica si arricchisce di nuovi e molteplici processi giuridici e di fonti di produzione provenienti da attori non istituzionali che si affermano – di fatto – nel contesto globale. Tuttavia, la direzione in cui si verificano questi cambiamenti non è quella della cessione di sovranità a favore di un'entità globale posta al di sopra delle dinamiche della globalizzazione<sup>17</sup>; il sistema giuridico si popola piuttosto di esperienze frammentarie e periferiche, di nicchie specialistiche in cui le fonti giuridiche sono oggetto di processi di privatizzazione. In questo caotico scenario anche il diritto internazionale

---

<sup>17</sup> S. CASSESE, *L'ordine giuridico globale*, Relazione tenuta al Convegno "Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale" presso l'Università degli studi di Reggio Calabria il 30 ottobre 2003; e *amplius* S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma, Laterza, 2006; ID., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

subisce trasformazioni in senso federalistico, con la particolarità che, proprio su questo terreno, il ruolo degli stati risulta fortemente ridimensionato lasciando spazio a nuovi soggetti privi dei connotati tipici dello stato e di una chiara identità pubblica<sup>18</sup>.

Tra i nuovi soggetti che occupano la scena della globalizzazione spiccano quelli di natura privatistica tra cui si annoverano, dunque, le imprese multinazionali, orientate da fini di profitto (che dispongono di un potere economico pari o superiore a quello di molti stati), ma anche le entità non governative che rifiutano quel genere di scopi e che emergono sulla scena transnazionale come portatori di interessi diffusi contraddistinti da una posizione tendenzialmente antagonista rispetto alle prime<sup>19</sup>.

## **1.2. I mutamenti sociologici nella società globale**

L'emersione di questi nuovi attori nell'arena globale non ha modificato solamente gli assetti istituzionali-giuridici messi in luce nel paragrafo precedente. Una delle tendenze più nitidamente distinguibili nella società globalizzata coincide con la presa di coscienza delle dinamiche seguite dai colossi transnazionali, che muovono enormi capitali sullo scacchiere mondiale sfruttando le risorse naturali e la forza lavoro a basso costo reperibili nei paesi in via di sviluppo al fine di produrre ricchezza. Per lungo tempo, la delocalizzazione produttiva ha quindi consentito di trasferire i fenomeni

---

<sup>18</sup> Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit. p. 105-106 che parla di ordine globale di diritto internazionale, identificato nella letteratura anglosassone con le locuzioni *international regime* o *global governance*.

<sup>19</sup> Op. Ult. Cit. p. 106.



criminosi che si possono annidare nei gangli dei processi della produzione in paesi lontani, in cui è più semplice far passare sotto traccia i pregiudizi arrecati ai diritti umani<sup>20</sup>. La globalizzazione ha quindi fatto affiorare una nuova dinamica criminologica in cui il potenziale offensivo risiede nelle *transnational corporations* le cui vittime coincidono, a seconda dei casi, con le comunità locali, con i lavoratori, e con l'ambiente con cui vengono in contatto<sup>21</sup>.

La risposta immunitaria a questa patologia che ha contagiato i processi della globalizzazione, pare però sviluppare i propri anticorpi proprio nel medesimo contesto. Lo sviluppo dei mezzi di comunicazione e di informazione moderni hanno infatti consentito di disvelare i retroscena delle modalità di azione adottate dalle imprese multinazionali rivelando dinamiche che hanno evidenziato come la delocalizzazione produttiva non sia motivata soltanto da esigenze di risparmio sul costo della forza lavoro, bensì anche dalla volontà di eludere gli standard normativi a tutela dei diritti umani esistenti nel contesto di origine<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale, Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 45-49; F. GALGANO, *L'impresa transnazionale e i diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/2005, p. 40 ss.

<sup>21</sup> In realtà il discorso relativo allo sfruttamento delle risorse nei paesi più poveri da parte dei paesi occidentali più ricchi era già emerso nell'ambito del colonialismo che genera la paradossale condizione per cui la più grande fonte di potenziale ricchezza di quei luoghi, si tramuta, in realtà, in miseria. In tal senso si è parlato di *Resource Curse* (maledizione delle risorse) o di *Paradox of Plenty* (paradosso dell'abbondanza). Cfr. P. COLLIER, *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can Be Done About It*, 2008; M. HUMPHREYS - J. D. SACHS - J. E. STIGLITZ, *Introduction. What Is the Problem with Natural Resource Wealth?*, in ID., *Escaping the Resource Curse*, 2007; S. R. RATNER, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, 2001, III, YALE L.J., p. 443 ss.

<sup>22</sup> Si tratta di quella c.d. *matrice anonima* individuata da Teubner come l'origine delle moderne violazioni dei diritti fondamentali. In proposito, cfr. G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, Mondadori, 2012, p. 166-167: «(...) si avvicinano alla problematica qui trattata il concetto di microcriminalità, all'interno del diritto penale, e la responsabilità penale di

Le cronache degli ultimi decenni offrono un ampio repertorio che testimonia le violazioni perpetrate da parte delle multinazionali. Basti pensare agli scandali legati all'operato delle grandi compagnie estrattive di petrolio<sup>23</sup>, gas e altre risorse naturali che hanno ricevuto l'autorizzazione allo sfruttamento delle risorse mediante operazioni di corruzione internazionale, deturpando il paesaggio e inquinando l'ambiente di quei paesi. Oppure al coinvolgimento delle multinazionali della gioielleria nei crimini legati al traffico illegale di diamanti in Africa, sviluppatosi nell'ambito di conflitti bellici infra ed extra statali<sup>24</sup>. In quel contesto, oltre alla corruzione – che risulta essere uno dei reati strumentali all'accaparramento delle risorse – le multinazionali sono state

---

organizzazioni formali. Questi riguardano violazioni di norme non derivanti da esseri umani concreti, ma da processi sociali impersonali, che si servono di persone colpevoli del reato in qualità di loro funzionari. Si limitano però alle minacce provenienti da “attori collettivi” piuttosto evidenti (stati, partiti politici, imprese economiche, gruppi industriali, associazioni), senza individuare quelle che giungono attraverso la “matrice” anonima, attraverso processi comunicativi divenuti autonomi (istituzioni, sistemi funzionali, reti), non impersonati da una collettività. Anche i diritti umani orientati statualmente non dovrebbero essere considerati alla stregua di relazioni tra attori politici (stato-cittadini) cioè come espressione di rapporti personali. Si tratta qui di relazioni tra processi anonimi di potere, da un lato, e corpi massacrati e anime violate dall'altro. Ciò è espresso nella comunicazione solo in modo molto imperfetto, non per non dire fuorviante, come rapporto tra persona e persona ».

<sup>23</sup> Per una panoramica delle operazioni di Shell in Nigeria, paradigmatiche di questi fenomeni, cfr. J. HAMMER, *“Nigeria Crude. A hanged man and an oil-fouled landscape*, Harpers, June 1996; Lynn Sharp Paine & Mihnea C. Moldoveanu, *Royal Dutch/Shell in Nigeria (A)*, Harvard Business School Field Case Study No. 9-399-126, rev. Oct. 1, 2009; Human Rights Watch, *The Price Of Oil: Corporate Responsibility And Human Rights Violations In Nigeria's Oil Producing Communities* (1999); SHELL GROUP, *Profits And Principles: Does There Have To Be A Choice?*, Report di Shell, 1998; K. TANGEN, *“Shell: Struggling to Build a Better World?”*, *Fridtjof Nansen Institute*, Report 1/2003; S. HANDELSMAN, *Mining in Conflict Zones*, in *Business And Human Rights: Dilemmas And Solutions*, ed. By Rory Sullivan ed. 2003).

<sup>24</sup> T. PERRIELLO – M. WIERDA, *The Special Court For Sierra Leone Under Scrutiny*, (Mar. 2006); SIERRA LEONE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION, *Witness To Truth: Report Of The Sierra Leone Truth And Reconciliation Commission*, 2, 2004; A. J. GRANT -I. TAYLOR, *Global Governance and Conflict Diamonds: The Kimberley Process and the Quest for Clean Gems*, 93, Round Table, 2004, p. 385; INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND *How Home Governments Can Incentivise Responsible Business Conduct of Extractive Companies Operating Abroad*.

accusate di aver finanziato i gruppi di ribelli responsabili di massacri, mutilazioni, riduzione in schiavitù ai danni delle popolazioni locali. Un altro settore in cui la violazione dei diritti umani si verifica sullo sfondo delle dinamiche della globalizzazione è quello dell'industria dell'abbigliamento, nell'ambito del quale la delocalizzazione produttiva verso i paesi meno ricchi dell'Asia serve ai colossi del *fast fashion* per operare in maniera più rapida e più economica, senza dover patire i vincoli e i costi derivanti dal rispetto dei diritti dei lavoratori in punto di orario di lavoro, salute e di impiego dei minori<sup>25</sup>.

In tutti questi casi, la mobilitazione contro le multinazionali è stata fomentata da gruppi di attivisti e organizzazioni non governative che hanno denunciato pubblicamente le violazioni attraverso campagne mediatiche di forte impatto sociale e attraverso l'organizzazione di attività di boicottaggio contro le multinazionali coinvolte.

La chiave di riuscita del programma, non avrebbe potuto dare gli esiti sperati senza il contributo proveniente dalla linfa vitale che alimenta il capitalismo globalizzato: i consumatori. È interessante notare come la dimensione globale informatizzata abbia modificato le relazioni tra l'impresa e le classi di *stakeholder* che con essa si relazionano. Lo sfruttamento incondizionato delle risorse dei paesi in via di sviluppo è stata possibile solo fintantoché gli acquirenti finali è rimasta all'oscuro delle dinamiche sopra

---

<sup>25</sup> K. FERNANDEZ-STARK – S. FREDERICK – G. GEREFFI, *The Apparel Global Value Chain: Economic Upgrading And Workforce Development*, 2011; S. GARWOOD, *Advocacy Across Borders: Ngos, Anti-Sweatshop Activism, And The Global Garment Industry*, 2011; D. O'ROURKE, *Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring*, 31, POL'Y STUD. J., 1, 2003; T. A. FRANK, *Confessions of a Sweatshop Inspector*, in *Washington Monthly*, Apr. 2008; SHIFT, *From Audit to Innovation: Advancing Human Rights in Global Supply Chains*, New York, Aug. 2013; R. LOCKE – M. AMENGUAL – A. MANGLA, *Virtue out of Necessity?: Compliance, Commitment, and the Improvement of Labor Conditions in Global Supply Chains*, 37 Pol. & Soc'y, 2009.

accennate. In quel contesto, le relazioni con gli *stakeholder* locali risultavano di facile gestione in quanto l'impresa si trovava di fronte a soggetti poco o per nulla consapevoli o che comunque versavano già in situazioni analoghe a quelle alimentate dalla multinazionale. Ma il confronto con una diversa categoria di *stakeholder*, istruita e sensibile alla tutela dei diritti umani e – soprattutto – in grado di incidere sugli interessi economici dell'impresa, ha imposto un'inversione di tendenza da parte delle *transnational corporation* onde evitare di vedere pregiudicati i propri profitti nel lungo termine.

Le campagne di denuncia volte a sensibilizzare l'opinione pubblica divengono lo strumento attraverso il quale attivare la leva del danno reputazionale, usata per indirizzare verso le multinazionali la pretesa di vedere modificato il loro comportamento sul mercato. Anche in questo caso il ruolo interpretato dallo stato (*rectius*, dagli stati) rimane ai margini di questo processo, che spesso culmina – oltre che nella riparazione dei danni cagionati e, in alcuni casi in vere e proprie condanne – nell'adozione di strumenti normativi preventivi autoimposti dalle imprese, frutto di una elaborazione concertata con gli *stakeholder* all'insegna della trasparenza; nella creazione di *standard* di riferimento per il settore (che in alcuni casi vengono riconosciuti in seguito a un procedimento di certificazione che ne verifichi la sussistenza); o, addirittura, nella produzione di fonti di *soft law* che si impongono come a livello internazionale<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> G. TEUBNER, *Corporate Codes in the Varieties of Capitalism: How their Enforcement depends on the Differences Among Production Regimes*, in *Indiana J. of Global Legal Studies*, Vol. 24, 1, Winter 2017, p. 81; L. CATA BACKER, *Shaping a Global Law for Business Enterprises: Framing Principles and the Promise of a Comprehensive Treaty on Business and Human Rights*, 42, N.C. J. Int'l L., 2017, p. 417 s; J. EIJSBOUTS, *Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and Their Enforcement*, in *Indiana J. of Global Legal Studies*, Winter, 2017, Vol. 24, 1.

Le dinamiche illustrate rappresentano un esempio di concretizzazione delle teorizzazioni elaborate nel contesto della *Business Ethics* che hanno identificato modelli di gestione dell'impresa alternativi rispetto a quelli che ravvisano nella *Corporation* uno strumento per la soddisfazione degli interessi degli *shareholders* mediante la realizzazione di profitti conseguibili principalmente nel breve termine. Le nuove teorie nascono nel solco della consapevolezza del ruolo sociale ricoperto dall'impresa e dalla necessità di tenere in cale anche le esigenze degli *stakeholder* per avere maggiori chances di successo – soprattutto nel lungo periodo – sul mercato.

L'importanza del fattore reputazionale emerge in tutta la sua centralità nel contesto dei colossi della rete. In quel caso, la conquista della fiducia degli *stakeholder* è il passaggio cruciale per raggiungere alte vette nel mercato di riferimento, poiché il settore cresce proporzionalmente agli utenti che popolano quell'ambiente virtuale. Per questo, non è raro che per affermare l'identità societaria sul mercato si costruisca con estrema minuzia un apparato di valori che l'impresa si impegna a veicolare e a promuovere come missione sociale. Basti pensare alla pletora di *social network* oggi presenti nell'arena dell'internet che vengono presentati come strumenti di comunicazione per garantire la libertà di espressione, per consentire l'interazione a distanza tra utenti, per semplificare la modalità di organizzazione della propria comunicazione privata o professionale, e che hanno tutto l'interesse a far percepire all'utente di trovarsi in uno spazio sicuro, nonostante le diffidenze che potrebbero essere dettate dalla novità del mezzo.

D'altra parte, i recenti scandali *WikiLeaks*, *Cambridge Analytica*, e il ruolo di cassa di risonanza per le *Fake News* giocato dai colossi del web, hanno gettato più di un'ombra sulla sicurezza degli ambienti informatici gestiti da queste piattaforme. Del pari, tuttavia, si è subito registrato un moto di

correzione dei sistemi interni per migliorare la sicurezza e per garantire un'esperienza più controllata e trasparente agli utenti.

Lo spettro del pregiudizio all'immagine dell'impresa diviene quindi il principale elemento sanzionatorio che si afferma – di fatto – sul mercato e che agisce come strumento deterrente delle pratiche produttive non conformi agli standard posti a tutela dei diritti umani. Non è possibile in questa sede indagare tutti i risvolti che questo mutamento produce sugli assetti economico-sociali e sulle relazioni tra i soggetti coinvolti, ma pare opportuno fissare alcuni cardini utili alla trattazione successiva.

- I. Nella maggior parte dei casi le campagne di mobilitazione dell'opinione pubblica si rivolgono contro l'operato delle multinazionali che hanno una posizione dominante nel settore di riferimento. Questo avviene per una pluralità di motivi:
  - a) la fama di cui gode una grande multinazionale consente di suscitare maggiore clamore mediatico e, conseguentemente, di raggiungere un pubblico più ampio e diffuso in tutto il mondo;
  - b) si confida sull'effetto trainante che una grande multinazionale è in grado di esercitare tanto sui *competitors*, che saranno verosimilmente portati ad imitare le misure di contrasto intraprese come rimedio e a rimuovere eventuali situazioni analoghe;
  - c) l'attività delle multinazionali nei paesi in via di sviluppo si realizza mediante la collaborazione con imprese locali, quindi gli standard fissati dalle prime ricadranno anche sulla disciplina delle attività delle seconde, realizzando un effetto propagativo dello standard di riferimento.

- II. Una volta interiorizzato il sistema di prevenzione delle violazioni dei diritti umani nei gangli funzionali dell'impresa, il perseguimento di fini altri rispetto a quelli commerciali diventa elemento da esibire sul mercato in chiave promozionale. Sono infatti sempre più frequenti le campagne pubblicitarie che mettono in luce i fini filantropici di cui l'impresa si fa carico: dalla sostenibilità della produzione, al rispetto dell'ambiente, alla cura nei confronti dei lavoratori. Questo dovrebbe instaurare un circolo virtuoso che tende a promuovere una competizione tra operatori del mercato sul piano della migliore autodisciplina negli ambiti sensibili alla commissione o agevolazione di reati.
- III. L'impresa riveste un ruolo ancipite nelle dinamiche di macrocriminalità evidenziate: da una parte si rende protagonista in veste di autrice del reato o comunque risulta collusa con i soggetti che direttamente violano i diritti umani; dall'altro rappresenta il soggetto in grado di eliminare queste situazioni modificando la propria organizzazione e la propria attività, raggiungendo grandi risultati con minore sforzo.

Tra i prodotti autonormativi che generalmente nascono in questi contesti si annoverano i codici etici, i codici di condotta, i *compliance programs*, le *policy* e le procedure aziendali, ma anche – come illustrato – fonti di *Soft Law* frutto della concertazione tra i diversi attori coinvolti.

### **1.3. Il progresso tecnico-scientifico e la specializzazione settoriale**

Un'altra delle radici del fenomeno autonormativo risiede nello sfrenato avanzamento del progresso scientifico e nella iper-specializzazione della tecnica

che caratterizzano la società contemporanea attraverso una fitta costellazione di comunità epistemiche<sup>27</sup>. Tanto la sofisticazione del sapere scientifico, quanto la specializzazione dei settori della tecnica in cui si articola la società moderna tendono all'autosegregazione rispetto agli ambienti esterni al settore stesso, che restano per lo più estranei al sistema di conoscenze che fonda quelle discipline, non riuscendo a comprendere le problematiche specifiche e le esigenze di quell'ambiente<sup>28</sup>. Proprio l'alto grado di specializzazione sarebbe dunque responsabile dell'incomunicabilità tra queste nicchie del sapere e la società nel suo complesso.

Anche in questo caso, il ruolo interpretato da queste *élite* di esperti segue percorsi che incidono in maniera variegata sulla società<sup>29</sup>. Da una parte, il progresso scientifico procede a marce serrate raggiungendo frontiere che spesso sfuggono al suo stesso controllo, producendo innovazioni che trovano pronta applicazione pratica, ma che possono manifestare effetti collaterali in grado di

---

<sup>27</sup> Cfr. J. BRAITHWAITE-P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, cit., p. 501 ss; U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 192-198 e, sempre sul tema della c.d. "modernizzazione riflessiva", U. BECK-A. GIDDENS-S. LASH, *Modernizzazione riflessiva. Politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità*, Asterios, Trieste, 1999 e A. GIDDENS-C. PIERSON, *Conversation with Anthony Giddens: Making Sense of Modernity*, Cambridge, Polity press, 1998 come ivi citati.

<sup>28</sup> In Italia il fenomeno è stato perspicuamente rilevato nell'ambito della dottrina privatistica già a partire dalla seconda metà degli anni '70, la riflessione sui sotto-sistemi normativi regolati da esigenze diverse rispetto a quelle espresse dal codice civile è inaugurata e portata a ulteriori sviluppi nelle opere di Irti. Oltre alla fondamentale N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 1979, Milano, Giuffré, che pure ha costituito il termine di comparazione per lo studio dei movimenti della legislazione penale in C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit. p. 83 ss.; il tema dei rapporti tra diritto e tecnica viene approfondito in alcuni scritti più recenti N. IRTI – E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, 2001, Roma, Laterza; N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, 2007, Napoli, Editoriale scientifica; ID., *Diritto senza verità*, 2010, Roma, Laterza; ID., *Un diritto incalcolabile*, 2016, Torino, Giappichelli.

<sup>29</sup> J. BRAITHWAITE-P. DRAHOS, *Global Business regulation*, cit., p. 502, segnalano come il ruolo della scienza venga utilizzato strumentalmente da parte dell'impresa per accreditare la propria posizione nell'ambito della negoziazione degli interessi da regolamentare.



riversarsi a danno dell'intera comunità<sup>30</sup>. Al contempo, il contributo del sapere specialistico è l'unico in grado di apprestare gli strumenti per il governo di questi rischi, pertanto il suo apporto appare imprescindibile<sup>31</sup>.

Un'altra delle ragioni che fomenta la proliferazione delle fonti autonormative nei campi della tecnica è legata all'esigenza di positivizzare lo stato dell'arte del sapere di riferimento al fine di ricapitolare le migliori tecniche disponibili nel settore scientifico rilevante. Questa esigenza nasce, in primo luogo, dalla volontà di semplificare la circolazione delle acquisizioni scientifiche maturate all'interno della comunità di appartenenza. Tuttavia, la cristallizzazione del sapere tecnico-scientifico assume anche una funzione di carattere eminentemente normativo<sup>32</sup>, allorché queste fonti vengono usate come riferimento per determinare il migliore standard esigibile in un certo settore<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. U. BECK, *La società del rischio*, Roma, 2001, p. 254 ss.; e, più recentemente, U. BECK, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Laterza, cit., pp. 192-198. *La società del rischio* ha inaugurato la stagione dello studio dei *Risk Regulation Regimes* che si declinano in una molteplicità di soluzioni, di cui il paradigma autonormativo costituisce soltanto una delle possibili estrinsecazioni. Per una disamina dei diversi regimi regolatori applicati a contesti variegati, cfr. C. HOOD-H. ROTHSTEIN-R. BALDWIN, *The government of Risk. Understanding Risk Regulation Regimes*, Oxford University Press, 2004.

<sup>31</sup> Cfr. T. PADOVANI, *La sopravvivenza del codice Rocco nella «età della decodificazione»*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, 1981, Bologna, Il Mulino, p. 96-97; C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA. VV., *La crisi della legalità «Il diritto vivente» delle fonti penali*, 2016, Napoli, ESI, p. 123.

<sup>32</sup> Cfr. J. BRAITHWAITE-P. DRAHOS, *Global business regulation*, cit, p. 503: «These are crucial sites of epistemic community-building. They are neglected in our discussion because each little decision they make is so small in the overall scheme of things as not to justify a mention. Collectively, however, their importance is in both the incremental construction of regimes and epistemic communities of the regime-builders. Their importance to trade and economic growth has seen the inclusion of WTO of a Code of Good Practice for the Preparation, Adoption and Application of Standards.».

<sup>33</sup> Si pensi, ad esempio al ruolo delle *Best Availables Techniques* nel settore del diritto penale ambientale, su cui si rinvia a M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Riv. Trim.*, 1/2018, p. 196-211.

Questo tipo di produzione normativa abbonda nell'ambito delle attività svolte entro il perimetro dei c.d. *rischi consentiti*, cioè quei rischi presenti nell'ordinamento che – pur essendo potenzialmente pregiudizievoli per la collettività – vengono tollerati e consentiti in ragione dell'utilità sociale riconosciuta allo svolgimento di quella attività<sup>34</sup>. In quel contesto è nata la necessità degli operatori del settore di poter fare affidamento su di uno standard che disciplini *ex ante* il migliore svolgimento di quell'attività, tanto per orientare il proprio comportamento seguendo il migliore standard disponibile, quanto per potersi valere di un ausilio *ex post* a supporto della condotta tenuta.

I moduli autonormativi più diffusi in questo contesto sono le linee guida, le *best practice*, i protocolli, le raccomandazioni e le norme tecniche legate agli standard di produzione<sup>35</sup>.

#### **1.4. La frammentazione sociale in sottoculture settoriali**

Il modello autonormativo più risalente che si manifesta nel nostro sistema delle fonti germoglia nell'ambito delle categorie professionali e di categoria che si dotano di codici deontologici di autodisciplina per regolamentare lo svolgimento di quell'attività secondo i criteri ispiratori derivanti dal sistema assiologico condiviso nel contesto di riferimento. In molti

---

<sup>34</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, Colpa (voce) in voce Colpa (diritto penale), in *Enc. dir., Annali*, X, 2017, 222-265; C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, (a cura di) C. Perini e F. Consulich, Milano, 2006; cfr. F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 153; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Milano, 2003, p. 168 s.

<sup>35</sup> J. BRAITHWAITE-P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, cit. p. 502-503, che segnalano la costante moltiplicazione degli standard ISO e la pervasiva presenza di standard di matrice privata – nettamente prevalente rispetto a quella pubblica – nei settori ambientale e della sicurezza della salute.

casi, l'esercizio della professione è sottoposto al rilascio di una licenza o al conseguimento di un'abilitazione e l'iscrizione alla categoria è subordinato al possesso di requisiti da parte del candidato.

Il motivo profondo che spinge questi organi ad autodisciplinarsi deriva dalla auto-percezione della categoria come entità inserita nella società, ma che – in qualche misura – si distingue da questa. Si assolve alla necessità di identificazione anche mediante l'autoimposizione di norme spesso non richieste dall'ordinamento.

Gli ordini professionali e gli enti esponenziali di categoria reclamano la possibilità di dettare autonomamente le regole che governano il proprio ambito di appartenenza, per il tramite di soggetti che – appartenendo al medesimo *milieu* culturale – sono consapevoli e partecipi della specificità del settore. È quindi evidente che uno degli elementi distintivi dell'autonormazione che si sviluppa in questi contesti consiste nella marcata accentuazione della *legitimacy based on values*<sup>36</sup>; che dimostra come gli appartenenti alla sotto-comunità autodisciplinata sono propensi al rispetto della regola perché, da una parte, ne condividono l'ispirazione e i valori fondanti e, dall'altra, ripongono piena fiducia nel soggetto che l'ha creata.

---

<sup>36</sup> T. R. TYLER, *Why people obey the law*, Yale University Press, London-New Heaven, 1990; T. R. TYLER, *Legitimacy and Criminal Justice: The Benefits of Self-Regulation*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2009, vol. 7, p. 307-359.

### 1.5. Il contesto culturale economico: Business Ethics, Stakeholder Theory e Corporate Social Responsibility

Nell'ambito dell'attività imprenditoriale, la radice dell'autonormazione va rintracciata sul piano della *Business Social Responsibility*, come istituto che si afferma di fatto nel panorama dell'attuale assetto di diritti e doveri che emergono dalle relazioni tra impresa e soggetti che con essa entrano in contatto. La *Business Social Responsibility*, presuppone il superamento delle teorie che concepiscono l'impresa come mera *proprietà* degli azionisti o come un *nexus of contracts* tra i diversi soggetti che entrano in contatto con l'attività dell'impresa (azionisti, amministratori, fornitori, dipendenti, creditori e consumatori). Secondo queste teorie, l'unico scopo che l'impresa è tenuta a perseguire nell'esercizio della propria attività è quello di soddisfare l'interesse degli *shareholders*; nelle formulazioni più radicali della teoria si tratterebbe – in particolare – della massimizzazione degli utili di breve periodo. L'impresa rappresenterebbe, dunque, un fenomeno puramente privato, mentre risulterebbe marginale l'interesse pubblico a conoscere e a sindacare i processi interni della *corporate governance*<sup>37</sup>.

A mitigare questa concezione sono intervenute quelle teorie che hanno posto al centro della loro riflessione il potere di fatto a disposizione dell'impresa

---

<sup>37</sup> La *shareholder theory* viene solitamente accostata alle posizioni radicali di Milton Friedman che perspicuamente affermò: “the only one responsibility of business towards society is the maximization of profits to the shareholders within the legal framework and the ethical custom of the country”, M. FRIEDMAN, The social responsibility of business is to make profits, in New York Times Magazine, 13 settembre 1970; nello stesso senso cfr. J. HETHERINGTON, *Corporate Social Responsibility Audit: A Management Tool for Survival*, in *The Foundation for Business Responsibilities*, 1973, Londra; “There is no reason to think that shareholders are willing to tolerate an amount of corporate non-profit activity which appreciably reduces either dividends or the market performance of the stock.”

e la possibilità che questo venga esercitato anche a prescindere da effettivi rapporti contrattuali o dalle relazioni di proprietà con i soggetti che ne patiscono le conseguenze. In questo panorama si colloca, ad esempio, la c.d. *concession theory*<sup>38</sup>, che rinviene nella concessione della responsabilità limitata e nella separazione tra la personalità giuridica della società un privilegio riconosciuto dallo Stato all'impresa, che – correlativamente – implica la necessità che l'attività di impresa sia esercitata in conformità con l'interesse pubblico. Per lo stesso motivo si ritiene legittimo l'intervento statale a correzione delle attività pregiudizievoli per la comunità.

Su posizioni più mitigate si assesta quella dottrina che ha modificato la teoria del *nexus of contracts* temperandola con quelle che pongono al centro dell'attività imprenditoriale l'interesse pubblico. In quest'ottica, pur rimanendo centrale nella *mission* dell'impresa il fine lucrativo, lo scopo non andrebbe perseguito tenendo in considerazione esclusivamente le esigenze degli azionisti, bensì anche avendo cura di tutelare gli investimenti di tutti i membri del 'corporate team'<sup>39</sup>.

Nel solco del distanziamento degli interessi della proprietà da quelli del *management* si sviluppa anche la c.d. *stewardship theory*<sup>40</sup>, secondo la quale la sensibilizzazione della *governance* societaria rispetto a motivazioni estranee al comparto strettamente economico è possibile attraverso meccanismi che

---

<sup>38</sup> R. DAHL, *A prelude to corporate reform*, in *Business & Society Review*, 1972, 1, p. 17-23; J. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility: Issues in the Theory of Company Law*, 1993, Oxford University Press.

<sup>39</sup> M. BLAIR-L. STOUT, *A team production theory of corporate law*, in *Journal of Corporation Law*, 1999, Summer, p. 751-805.

<sup>40</sup> L. DONALDSON, *The Ethereal Hand: Organizational Economics and Management Theory*, in *The Academy of Management Review*, 15, no. 3, 1990, p. 369-81.

consentano l'identificazione delle motivazioni degli amministratori con l'interesse della società. In questo modo, essi saranno portati a decidere prendendo in considerazione un *range* di interessi più ampio rispetto a quello direttamente riferibile alla proprietà. I risultati di questo *modus* gestionale, peraltro, se adottati con costanza, sarebbero in grado di produrre benefici nel lungo periodo anche nella sfera di interessi degli *shareholders*<sup>41</sup>.

Accanto a queste teorizzazioni si è sviluppata anche la *Stakeholder theory*, che è probabilmente quella che conferisce maggiore attuazione agli approdi in materia di *Business Social Responsibility*. La messa a punto di questa teoria è dovuta alle riflessioni di R. E. Freeman che per primo ha messo a fuoco la categoria degli *stakeholder* come i gruppi o gli individui che sono colpiti dal raggiungimento degli obiettivi dell'azienda e che allo stesso tempo possono influenzarlo<sup>42</sup>. La presa di coscienza dell'importanza dell'esistenza di questi gruppi per la sopravvivenza della società e il fatto che alcuni di questi gruppi non entrano in contatto con la società spontaneamente, ha suggerito l'idea che gli *stakeholders* siano soggetti di cui l'impresa deve tenere conto nella sua attività.

Tra le categorie di *stakeholders* rilevanti per l'impresa sono sempre rintracciabili quelle dei lavoratori, dei consumatori, delle comunità locali, dei fornitori e degli *shareholders* stessi. In senso più ampio, si suole considerare *stakeholder* anche i *media*, l'opinione pubblica in generale, i partner commerciali, i *competitors*, gli attivisti e le organizzazioni non governative, le associazioni rappresentative degli stakeholders, le generazioni future e lo Stato.

---

<sup>41</sup> L. DONALDSON – J. DAVIS, *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*, in *Australian Journal of Management*, 1991, Vol 16, 1, pp. 49 – 64.

<sup>42</sup> R. E. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

A partire dalla *stakeholder theory*, non è più stato possibile pensare all'impresa come una figura creata a esclusivo uso e consumo degli *shareholders*, piuttosto – essendo questa un attore in grado di dispiegare i suoi effetti sulla società – sarà destinataria di aspettative che superano la dimensione del profitto economico e del rispetto della legge. Secondo i teorici della *Business Ethics*, l'interrelazione dell'impresa con le varie classi di *stakeholder* la rende destinataria di aspettative etiche che travalicano i confini della responsabilità gestionale per i risultati economici e di quella giuridica per il rispetto della legge; viene quindi postulata l'esistenza di una responsabilità morale gravante sull'impresa: la *Corporate Social Responsibility*.

Portata a ulteriori sviluppi, la teoria della *Corporate Social Responsibility* approda alle teorie che configurano addirittura una *Corporate Citizenship*. Secondo tale impostazione, l'impresa non sarebbe semplicemente chiamata a optare per l'opzione che produce maggiore benessere nel contesto sociale (tenuto conto, quindi, anche degli *stakeholder*), ma sarebbe tenuta a dare il buon esempio – comportandosi da buon cittadino – e a farsi carico di interessi filantropici in ragione degli ingenti mezzi a sua disposizione. Oltre alle responsabilità sopra evidenziate se ne aggiungerebbe quindi una quarta: quella filantropica, che può addirittura esplicarsi in settori che esulano dalla sfera di attività dell'impresa<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> A. B. CARROLL, *A three dimensional model of corporate social performance*, in *Academy of Management Review*, 1979, 4, p. 497-505; A. B. CARROLL, *The pyramid of corporate social responsibility: toward the moral management of organizational stakeholders*, in *Business Horizons*, 1991, luglio-agosto, p. 39-48; A. B. CARROLL, *Corporate social responsibility - evolution of a definitional construct*, in *Business & Society*, 1999, 38(3), p. 268-295.

## 1.6. L'organizzazione complessa come candidato alla governance

L'elemento comune che emerge dalla disamina delle principali manifestazioni dell'autonormazione nel panorama delle fonti evidenzia una costante soggettiva: la produzione del diritto riflessivo promana sempre da enti esponenziali rappresentativi di una categoria o di un centro di interessi comune.

In un primo gruppo di casi l'autonormazione si afferma per esigenze proprie del gruppo esponenziale, come quella di positivizzare il nucleo di valori ispiratori della sottocultura di appartenenza (così i codici deontologici), o quella di stabilire gli *standard* di riferimento della materia (così le norme tecniche per lo svolgimento di attività ad alto tasso scientifico-tecnologico) o addirittura un regolamento autonomo – e speciale rispetto a quello statale – funzionale all'esercizio dell'attività disciplinata (così i regolamenti sportivi).

In altri casi, la necessità di autonormarsi viene eterodeterminata per effetto di una induzione proveniente da dinamiche sociologiche (in questo senso le ipotesi espressive della *Business Social Responsibility*) o da spinte di matrice giuridica-autoritativa (così nel caso dell'imposizione di una formale responsabilità dell'ente per il fatto dipendente da reato o nel caso dell'imposizione di obblighi di autodisciplina)<sup>44</sup>.

Il dato comune che emerge dal quadro sino ad ora analizzato rivela una naturale convergenza verso le strutture dell'organizzazione complessa come fonte di produzione dell'autonormazione. Al dato sociologico già illustrato, se ne affianca uno di carattere meccanico-strutturale; infatti, se si volge lo sguardo alle organizzazioni complesse come sub-articolazioni periferiche della società, aggregate – di volta in volta – secondo gli interessi di cui sono espressione, ci si

---

<sup>44</sup> Cfr. G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., p. 191.



rende conto che il tratto che rende possibile l'instaurazione di una fonte autonormata coincide proprio con gli elementi statici e dinamici dell'organizzazione stessa. La posizione in cui si trova l'organizzazione, la rende inoltre un attore privilegiato per un duplice ordine di ragioni: da una parte, la prossimità dell'organizzazione rispetto ai rischi di commissione del reato; dall'altra, proprio all'interno dell'organizzazione è rintracciabile la migliore *expertise* tecnico-scientifica del campo da disciplinare e la più approfondita conoscenza degli snodi dell'attività<sup>45</sup>.

### 1.7. Dai sottosistemi sociali al diritto riflessivo

Sul piano sociologico, i fenomeni sopra illustrati trovano compiuta spiegazione nell'ambito dell'indirizzo sociologico neofunzionalista. A partire da Talcott Parsons si inaugura la concezione *strutturalfunzionalista* che ricostruisce la società come realtà che non è riducibile agli elementi atomistici che la compongono (gli individui), ma che nemmeno è apprezzabile nel suo complesso senza che la si scruti nelle sue articolazioni strutturali differenziate: i sottosistemi sociali<sup>46</sup>. Il diritto è concepito da Parsons come il sottosistema sociale che svolge la funzione di mantenimento dell'ordine mediante la minimizzazione dei conflitti<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 56- 63.

<sup>46</sup> M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 193-194.

<sup>47</sup> T. PARSONS, The Law and Social Control, trad. It. *Sistema giuridico e controllo sociale*, in *La teoria funzionale del diritto*, a cura di A. Giansanti e V. Pocar, Milano, Unicopli, 1981, pp. 85-102.

Nel solco del terreno arato da Parsons, si afferma il *funzionalstrutturalismo* di Luhmann che raccoglie la partizione sociale per sistemi delineata da Parsons, invertendo tuttavia l'ordine dei concetti fondanti di *funzione* e di *struttura*. I sistemi divengono poi oggetto di ulteriore frammentazione per specificazione, dando origine ai sottosistemi che nascono dalla necessità di assolvere a funzioni differenti e specifiche, non dominabili dalla società nel suo complesso. Nella concezione di Luhmann la nozione di sistema (e sottosistema) si lega al concetto di azione, emancipandosi completamente dalla connessione con l'individuo (che può anche appartenere a una pluralità di sistemi a seconda del ruolo)<sup>48</sup>. Il sottosistema giuridico nasce con il fine di dare attuazione alla semplificazione delle decisioni mediante la circoscrizione del perimetro delle scelte di azione astrattamente possibili, individuando quelle concesse, quelle vietate e quelle imposte.

A partire da Luhmann si sviluppa la concezione del diritto come sottosistema sociale autonomo dagli altri sottosistemi sociali e, in particolare da quello politico<sup>49</sup>. In particolare, nella concezione luhmanniana si intravedono già i primordi della teoria dei sistemi autopoietici, individuati in quei sistemi che hanno come scopo l'autoriproduzione e che agiscono mediante processi autoreferenziali che mirano alla conservazione della propria autonomia rispetto alle potenziali ibridazioni provenienti dall'esterno<sup>50</sup>. Va specificato, però, che

---

<sup>48</sup> Cfr. R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 2005.

<sup>49</sup> Per una ricostruzione *à rebours* parzialmente diversa, cfr. B. ROMANO, *Critica della ragione procedurale. Logos e nomos*, Roma, Bulzoni, 1994-1995, p. 194 ss., in cui l'autore individua una triade differente, all'origine della quale non vi è Talcott Parsons, bensì Habermas. La teoria di Luhmann sarebbe, infatti, stata preparata "da una precisa attenzione di Habermas verso la comunicazione e le regole 'etiche' che la costituiscono come modello dei sistemi giuridici e politici".

<sup>50</sup> M. BARBERIS, cit. p. 194.

nell'ottica di Luhmann, i sistemi – pur essendo interessati da processi autopoietici – si limitano alla reciproca osservazione statica – e mai interattiva – verso l'interno e verso l'esterno. In particolare, il sistema giuridico (*rectius* i sistemi giuridici) costituirebbero un chiaro esempio di sistema *normativamente chiuso*, nel senso che decide autonomamente che cosa acquista rilevanza sul terreno giuridico, ma, al contempo, *cognitivamente aperto* rispetto al suo ambiente<sup>51</sup>. L'apertura viene percorsa attraverso la tecnica del “condizionamento” secondo la quale:

«A livello generale il sistema utilizza la tecnica del “condizionamento”: si elaborano programmi dove una norma (effetto di chiusura) prevede di condizionare un evento se accade qualcos'altro (e ciò necessita di una apertura cognitiva). A livello particolare tale combinazione viene realizzata nell'operare quotidiano dei giudici e nell'evoluzione della dogmatica. Quando le “pretese” sociali si fanno pressanti, e il diritto deve inseguirle mediante la legislazione, nasce una contraddizione poiché l'elaborazione legislativa è troppo “veloce” per essere sistematizzata dalla dogmatica. Anche l'inserimento di “scopi” nei programmi condizionali sbilancia il diritto sul lato cognitivo.»<sup>52</sup>

Tuttavia, la teoria che più compiutamente può essere accostata al fenomeno autonormativo per come oggi si manifesta è sicuramente quella frutto delle riflessioni di Gunther Teubner. La conclusione di Luhmann, a tenore della quale ciascun sottosistema autopoietico rimane chiuso rispetto agli altri, viene superata da Teubner che postula l'esistenza di un contatto tra sistemi<sup>53</sup>. Per

---

<sup>51</sup> Cfr. N. LUHMANN, *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, ed. By G. Teubner, Firenze, EUI, Walter De Gruyter, 1986, p. 113, in cui Luhmann parafrasando la definizione di cibernetica di Ashby afferma che “the legal system is open to cognitive information but closed to normative control”.

<sup>52</sup> R. PRANDINI, *La “costituzione” del diritto nell'epoca della globalizzazione. struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, cit., p. 200, che ricostruisce il dibattito tra Luhmann e Teubner sul diritto riflessivo.

<sup>53</sup> F. SCAMARDELLA, *La riflessività giuridica come categoria di Mediazione tra individuo e diritto*, in: i-lex, 13-14, 2011, pp. 199 – 222, (www.i-lex.it).

questo, secondo Teubner, l'autoconservazione non è una costante dei sottosistemi sociali; piuttosto, entrando in contatto questi si influenzano vicendevolmente e si evolvono<sup>54</sup>.

Anche il profilo della riflessività viene tematizzato diversamente da parte di Teubner: l'apertura dei sistemi diviene il canale per la loro interrelazione e lo spunto che induce l'autoregolamentazione del sistema-diritto. Il diritto si presenta, dunque, come sistema chiuso operativamente (poiché si riproduce autonomamente), ma allo stesso tempo aperto alle sollecitazioni provenienti dagli altri sistemi, e non solo dalla naturale apertura rispetto all'ambiente nella misura già individuata da Luhmann<sup>55</sup>. Gli strumenti di cui il diritto riflessivo si vale sono l'*osservazione reciproca* tra le sfere sociali, il c.d. *accoppiamento mediante interferenza* e la *comunicazione via organizzazione*.

Così, il diritto riflessivo diventa lo strumento per razionalizzare la complessità giuridica derivante dalla *over-regulation* prodotta nell'epoca del *Welfare State*<sup>56</sup>. Allo stesso tempo, il diritto riflessivo si sottrae alle aporie in

---

<sup>54</sup> Una efficace ricapitolazione della genealogia dei sistemi di secondo grado e della loro differenziazione sistemica è contenuta in B. ROMANO, *Critica della ragione procedurale*, cit., p. 201 ss.

<sup>55</sup> Luhmann rimane invece dell'avviso che uno scambio tra sistemi non è praticabile, poiché secondo Luhmann: "Non è possibile alcuna interferenza, perché nessun sistema può trascendere se stesso. Ogni sistema può solo nascondere il paradosso che lo costituisce: la differenza sistema/ambiente è frutto delle operazioni del sistema, è una "finzione operativa" anche se appare come una esternalità. Certo si possono camuffare l'autoreferenza e il paradosso con concetti quali "combinazione", "negoiazione", "relazionamento di relazioni", "riflessione", "interferenza", etc., ma la realtà rimane la stessa: quella dell'autoriferimento e dell'autopoiesis.". Così testualmente R. PRANDINI, *Op. Ult. Cit.*, p. 202.

<sup>56</sup> G. TEUBNER, *Dilemmas of Law in the Welfare State*, pp. 299-325. Anche con specifico riferimento alla materia penale, si segnala la tendenza all'ipertrofia legislativa nel passaggio dallo Stato di diritto di stampo liberale in Stato sociale, cfr. C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, p. 24

cui incappano tanto l'orientamento *welfarista* – che rivendica un potenziamento delle risorse statali e un maggiore *commitment* della dogmatica per influire sulla politica, ma che si arena nel c.d. *trilemma regolativo* – quanto l'orientamento liberale, fortemente ispirato alla *deregulation* come rimedio all'inefficienza del diritto statale, in cui l'unico scopo residuo del diritto è quello di ritagliare ampi spazi di libertà per i privati<sup>57</sup>.

## **2. Le cause di natura giuridica**

L'illustrazione delle cause di natura giuridica si articola in due sezioni dedicate rispettivamente alle tendenze comuni all'intero ordinamento giuridico in tutte le sue ramificazioni (§ 2.1) e a quelle peculiari del diritto penale (§ 2.2). Nonostante siano rinvenibili alcune costanti che trovano anche nel settore penalistico una declinazione coerente con gli schemi rintracciati altrove, ma semplicemente più tardiva per via della tendenza all'autoconservazione del diritto penale come disciplina più chiusa alle incursioni esterne, esistono dei tratti distintivi e specializzanti che rendono preferibile una trattazione disgiunta.

### **2.1. Le tendenze comuni all'intero ordinamento**

Tra le dinamiche comuni all'ordinamento nel suo complesso sono state individuate due direttrici fondamentali: la crescente affermazione del

---

<sup>57</sup> R. PRANDINI, *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, p. 193.

pluralismo giuridico (2.1.1) e la crisi del paradigma regolatorio impostato sulla deterrenza mediante minaccia di sanzione (2.1.2)-

### 2.1.1. *Il pluralismo giuridico e la stratificazione degli ordinamenti giuridici*

La comparsa dell'autonormazione nell'ordinamento avviene sullo sfondo del coacervo di sistemi normativi distinti, ma contemporaneamente applicabili, che pervade la modernità giuridica. L'attuale assetto delle fonti giuridiche è ormai molto lontano dall'ideale monolitico in cui le fonti sono rigidamente identificate e gerarchizzate nella dimensione statale<sup>58</sup>. Evocativa in tal senso è la raffigurazione di tali rapporti mediante il richiamo dell'immagine di una *rete* composta dai molteplici nuclei che compongono il pluralismo giuridico, che ha soppiantato definitivamente quella della piramide, evocativa delle gerarchie verticali tradizionalmente dominante<sup>59</sup>.

Ad aumentare il *kaos* che regna nel panorama delle fonti, si somma un'altra caratteristica del diritto postmoderno: la sua c.d. *liquidità*. La proliferazione di molteplici ordinamenti ha naturalmente generato lo scambio e lo scontro tra gli stessi secondo schemi di reciproca e continua internormatività<sup>60</sup>. Tuttavia, non è sempre facile individuare il nodo di

---

<sup>58</sup> M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo : estratti da Il tramonto della modernità giuridica: un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2013.

<sup>59</sup> F. OST-M. VA DA KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002; G. ITCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* (DPCE), 2009.

<sup>60</sup> Le opere di Delmas Marty costituiscono la pietra miliare per il tema, per tutte, cfr., M. DELMAS MARTY, *Le Pluralisme ordonné. Les Forces imaginantes du droit*, 2, Paris, Seuil, 2006 ;

raccordo tra le componenti della rete, anzi risulta sempre più complesso distinguere il confine tra un ordinamento e l'altro.

Sorprende oggi come tale situazione sia stata preconizzata da Santi Romano nella sua più importante Opera, "*L'ordinamento giuridico*"<sup>61</sup>, pietra angolare della concezione istituzionista del diritto<sup>62</sup>. La concettualizzazione di Romano muove dall'insoddisfazione rispetto alle risposte offerte dalla concezione normativistica che identifica l'ordinamento giuridico con un insieme – una sommatoria – di norme giuridiche<sup>63</sup>. Secondo Romano, le definizioni elaborate peccano di particolarismo e risultano appropriate solo se riferite a determinati rami del diritto; mentre la sua teoria ambisce a rintracciare soluzioni trasversalmente valide<sup>64</sup>. L'ordinamento non sarebbe formato solo da norme, ma anche da altri elementi in cui questo si estrinseca che – nel complesso – danno origine ad una unità concreta ed effettiva. Le critiche formulate da Santi Romano dimostrano che le stesse concezioni normativistiche presuppongono l'esistenza di entità altre dalla norma che integrano alcuni dei suoi caratteri distintivi<sup>65</sup>.

---

ID., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1986.

<sup>61</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1977, Firenze, Nuova Biblioteca, (1918).

<sup>62</sup> In questo senso, M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, cit., p. 12 che rileva come anche un'altra precedente opera di Santi Romano - *Lo Stato moderno e la sua crisi* – preconizzi la situazione di crisi del diritto che attraversa il Novecento sino a giungere sotto spoglie sempre rinnovate ai giorni nostri.

<sup>63</sup> S. ROMANO, cit., §1, §2, §3.

<sup>64</sup> IBIDEM, §2.

<sup>65</sup> IBIDEM, §4, §5, §6, §7, §8, §9.

Illustrati i limiti della teoria normativa, Romano espone i capisaldi della sua teoria in cui il diritto è concepito come istituzione. Gli elementi costitutivi essenziali del diritto sarebbero tre: la *società*, l'*ordine sociale*, l'*organizzazione*.

Il primo elemento richiede che il diritto sia riferibile alla società intesa come entità altra dalla sfera puramente individuale: perché si possa parlare di *società* è necessario che sussista un'unità concreta che si distingua dai singoli che la compongano e che sia costituita effettivamente (non rilevano quindi le situazioni meramente fattuali). Diritto e società sarebbero, quindi, indici reciprocamente sintomatici dell'esistenza dell'altro: *ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius*.

Il secondo elemento costituisce un corollario del primo e vale ad escludere dall'ambito del diritto il mero arbitrio e la forza materiale. L'*ordine sociale* sarebbe dunque una caratteristica che deve potersi riconoscere nella manifestazione sociale perché questa possa essere accostata al diritto: "*ogni manifestazione sociale, per fatto solo che è sociale, è ordinata almeno con riguardo dei consoci*".

Il terzo elemento, quello dell'*organizzazione*, è certamente quello più pregnante nella teoria di Romano poiché rappresenta il mezzo attraverso il quale perseguire il fine dell'*ordine sociale*, data la pre-condizione fattuale dell'esistenza di una *società*. Per soddisfare le finalità cui tende l'ordinamento non basterebbero le norme che disciplinano i rapporti sociali, prim'ancora di queste il diritto è "*organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che costituisce come unità, come ente per sé stante*".

La sintesi di questi tre elementi, la società ordinata e organizzata, viene ricondotta al concetto di *istituzione* che diviene il caposaldo della teoria di Romano. Ovviamente, non è necessario che le condizioni per l'insorgenza dell'istituzione si presentino tutte in una volta, è anzi fisiologico che questa si



formi in maniera progressiva, attraverso un processo di c.d. *istituzionalizzazione*<sup>66</sup>. Va specificato, che nella concezione di Romano non è necessario che l'*istituzione* riceva riconoscimento da parte dello Stato per poter essere ritenuta tale.

Su questo assunto, dimostrato attraverso la disamina di molteplici ordinamenti esistenti e pure non riconducibili allo Stato, Romano sostiene la pluralità degli ordinamenti giuridici. È stato notato come la dottrina istituzionalista costituisca una reazione allo statualismo pur essendo ispirata dalle ideologie più reciprocamente distanti<sup>67</sup>. Lo Stato stesso sarebbe solo una delle molteplici manifestazioni del diritto nell'universo del pluralismo giuridico.

È evidente come una delle questioni fondamentali collegate al pluralismo giuridico attenga ai rapporti tra i diversi ordinamenti e alle regole che governano tali relazioni. Lasciando alla successiva analisi l'indagine relativa ai rapporti tra ordinamenti autonormati e ordinamento statale, su di un piano generale, basti qui osservare come i rapporti tra gli ordinamenti si dispieghino sul terreno dell'internormatività.

---

<sup>66</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., p. 9.

<sup>67</sup> All'ispirazione di matrice liberale, sicuramente rinvenibile nel pensiero di Santi Romano, si accostano giustificazioni promananti "dalla tradizione cristiana in Georges Renard (si veda *La théorie de l'institution*, 1930), ora dalla suggestione delle correnti socialiste libertarie (Proudhon), o anarchiche, o sindacaliste come in George Gurtvich (si veda *L'idée du droit social*, 1932, e la *Dichiarazione dei diritti sociali*, trad. it., ediz. Di Comunità, 1949). "N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, p. 11; per un più ampio bilancio sull'opera di S. Romano e sui suoi risvolti ideologici N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Dalla Struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di comunità, 1977. Il fatto che la teoria istituzionalista fosse esente da contaminazioni politiche e sociologiche sembra essere implicitamente rivendicato da Romano mediante la scelta di ripubblicare nel 1946, all'indomani della Liberazione, una nuova edizione de *L'ordinamento giuridico*, che si presenta identica alla prima se non per l'aggiornamento della bibliografia, cfr. M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi*, cit., p. 146.

### 2.1.2. *La crisi del paradigma di Command & Control*

La genesi dell'autonormazione viene fatta risalire anche ad un'altra causa ascrivibile all'universo giuridico che coincide con il fallimento delle strategie regolative statali basate sull'imposizione di regole associata a un meccanismo sanzionatorio che ne punisca la violazione.

Nella dottrina anglosassone il tema della *Regulation* viene trattato come autonomo oggetto di indagine ed assurge a disciplina autonoma di studio in cui si fondono le riflessioni provenienti dalla filosofia del diritto (teoria generale del diritto), dalle scienze sociali (sociologia, antropologia, criminologia) e dalle scienze economiche (*Economic Analysis of Law, Law and Economics*)<sup>68</sup>. La prospettiva degli studiosi della *Regulation* è quella di analizzare gli strumenti a disposizione dello Stato per incidere efficacemente sul comportamento dei consociati, le diverse tipologie di legislazione esistenti e le strategie per il loro impiego ottimale.

Il paradigma più arcaico e – tuttora – diffuso, risulta essere quello del c.d. *Command and Control*. Questo paradigma può sintetizzarsi come l'imposizione di *standards* sostenuti dalla minaccia di una sanzione penale<sup>69</sup>. Il *Command & Control* viene utilizzato principalmente quando l'autorità statale e

---

<sup>68</sup> La bibliografia in materia è davvero sterminata, per limitarsi ai lavori più significativi consultati per la redazione di questo lavoro si rinvia a R. BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford socio-lega studies, Clarendon Press, Oxford, 1996; E. BARDACH – R.A. KAGAN, *Going by the book. The problem of Regulatory Unreasonableness*, Philadelphia, 1982; R. COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy*, in SW U. L. Rev., 1993, vol. 23, p. 443 ss F. HAINES, *The paradox of Regulation. What Regulation can achieve and what it cannot*, EE, Cheltenham, UK- Northampton, MA, USA, 2011; K. YEUNG, *Securing compliance. A principled approach*, Oxford, Hart Publishing, 2004, per una disamina riguardante il diritto della concorrenza.

<sup>69</sup> A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, 1994, Oxford University Press.

l'imposizione di un comando vengono impiegati per perseguire gli scopi politicamente definiti. Il potere statale può fare ricorso a questa tipologia di legislazione tanto per proibire determinati comportamenti, quanto per imporne degli altri<sup>70</sup>. Per usare una nomenclatura più familiare alla nostra cultura giuridica, si tratta dell'imposizione di norme comportamentali (*alias* precetti) che si declinano nelle forme del comando o del divieto, a cui sono collegate le relative sanzioni che troveranno concretizzazione mediante le norme sanzionatorie rivolte alle agenzie di *enforcement*<sup>71</sup>.

Il vantaggio di questo paradigma è evidentemente che il legislatore, facendo ricorso all'uso della forza, ottiene l'imposizione di standard fissi con immediatezza e – contestualmente – sanziona i comportamenti difformi. È di facile intuizione come – anche a livello politico – questa tipologia di legislazione sia quella che denoti un intervento più netto da parte del legislatore che, stigmatizzando alcuni comportamenti e punendo severamente le violazioni con una sanzione, si trova a definire i conflitti sociali prendendo posizione a favore di uno dei due poli, e in contrasto con quello soccombente. A livello comunicativo, risulta quindi chiaro che lo stato sta facendo ricorso alla forza per proteggere, tanto a livello simbolico quanto a livello pratico, l'interesse pubblico (*rectius* il bisogno di sicurezza)<sup>72</sup>. Da qui la predilezione nell'uso di questo strumento nei casi in cui lo Stato ha necessità di dimostrare la propria

---

<sup>70</sup> R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 2012, p. 106.

<sup>71</sup> C.E.PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di Diritto penale progredito*, a cura di C. Perini – F. Consulich, 2006, p. 10-11.

<sup>72</sup> Cfr. U. Beck, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, cit., *passim*.

potenza muscolare contro fenomeni di grande allarme sociale (reale o presunto tale)<sup>73</sup>.

Fissati i cardini essenziali del *Command & Control*, risulta più che evidente che il diritto penale costituisce l'idealtipo più icastico della categoria in oggetto. Per questo si ritiene interessante intercettare quali critiche sono state rivolte nei confronti di questo paradigma.

Le critiche formulate nei confronti del paradigma di *Command & Control* sono molteplici e sono state articolate nell'ambito della letteratura statunitense negli anni '80 dello scorso secolo<sup>74</sup>, pare quindi opportuno riportarne qui gli snodi cruciali che possano essere riferiti anche al sistema penale.

Una delle più frequenti derive del paradigma in oggetto è rappresentata dal fenomeno del legalismo; inteso come la tendenza a licenziare provvedimenti legislativi inutili, ridondanti e sovradimensionati rispetto alle effettive esigenze e asfissianti per i destinatari. In breve, il fenomeno dell'elefantiasi legislativa che affligge i moderni ordinamenti giuridici. Questa tendenza sarebbe dettata da

---

<sup>73</sup> Nel nostro ordinamento, la fonte che più di altre si presta a questa esigenza è sicuramente il decreto-legge, che sempre più spesso viene utilizzato in chiave propagandistica e di rassicurazione sociale. Sul punto, cfr. C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo*, cit., p. 101 *et passim*; E. CALVANESE - R. BIANCHETTI, *Messaggi mediatici, funzioni della pena e senso di sicurezza dei cittadini*, in *Sociologia del diritto*, fasc. 3/2003, p. 99-135; M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, n. 6/2003, n. 511.1, pp. 1808-1822; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità*, cit. p. 30 nota 24; E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, II, p. 87; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008 a cura di E. Orlandi e L. Montanari, Torino, 2009, Giappichelli.

<sup>74</sup> Per una ricostruzione più dettagliata Cfr. R. BALDWIN - M. CAVE - M. LODGE, *Understanding Regulation*, cit., pp. 107 ss.; C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge, 2002, pp. 8-12.

una pluralità di fattori tra cui si annoverano: la difficoltà di formulare norme in maniera circostanziata e precisa, che conduce al ricorso a norme vaghe e in gran parte indeterminate; la già segnalata prassi di reagire a gravi avvenimenti con provvedimenti legislativi di portata generale; la volontà di riaffermare la supremazia della legge attraverso il ricorso smodato alla stessa; lo scarso ricorso alla delegificazione e alla semplificazione normativa, rispetto al quale si preferisce affastellare nuovi provvedimenti di legge a quelli già esistenti<sup>75</sup>.

Un altro limite del *Command & Control* consiste nel fatto che questa tecnica legislativa si sostanzia principalmente nell'imposizione di norme generali e astratte che fissano *standard* fissi e generalizzati per una molteplicità eterogenea di soggetti, raggiungendo quindi uno scarso grado di individualizzazione. Di conseguenza, si crea una situazione in cui il rispetto della regola si rivela estremamente dispendioso e difficile per alcuni soggetti, mentre risulta addirittura sottodimensionato per altri soggetti che sarebbero in grado di fornire gradi di *performance* più elevati, ma che mancano dei necessari incentivi per andare oltre quanto legislativamente richiesto. In buona sostanza, tale legislazione si rivela eccessivamente gravosa in alcuni casi, ma anche troppo lasca in altri.

Dal punto di vista economico, inoltre, il *Command & Control* risulta estremamente oneroso da mantenere perché comporta ingenti costi dal punto di vista del suo *enforcement*, interamente monopolizzato dallo Stato e – quindi – gravante sulla spesa pubblica<sup>76</sup>. Inoltre, va considerato che, a fronte di questo esborso, le prestazioni di *enforcement* producono effetti dagli esiti incerti; in

---

<sup>75</sup> Cfr. E. BARDACH – R.A. KAGAN, *Going by the book. The problem of Regulatory Unreasonableness*, p. 184, Philadelphia, 1982; G. TEUBNER, *Juridification of Social Spheres*, Berlino, 1987.

<sup>76</sup> Cfr. R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation*, cit., Capitolo 11.

particolare, risulta difficile ottimizzare l'impiego delle risorse devolute a questo compito statale, con il risultato che si ottengono livelli disomogenei nel controllo. Inoltre, anche avendo a disposizione ingenti risorse da destinare all'*enforcement*, bisogna tener conto della possibilità che i destinatari pongano in essere la c.d. *Creative Compliance*, che si comportino cioè in modo formalmente conforme al diritto, eludendo nella sostanza l'intenzione della legge<sup>77</sup>.

Nei casi in cui, invece, lo Stato non sia in grado di apprestare elevati gradi *performance* a livello di *enforcement*, si registrano situazioni in cui alla violazione del precetto non fa seguito l'irrogazione di una sanzione. Viene quindi meno la validità della sanzione (nella teorizzazione sociologica di Geiger la *Sanktiongeltung*)<sup>78</sup> che produce i suoi riverberi più importanti sulla credibilità del sistema e sulla capacità deterrente dello stesso.

Tra le altre debolezze del paradigma di *Command & Control* si rilevano anche la lentezza e la farraginosità del procedimento regolatorio statale necessario per addivenire all'elaborazione del comando, che aumentano lo scarto temporale tra le esigenze manifestate dalla società e rimedio legislativo. Tale ritardo nella disciplina sarebbe inoltre aumentato dal fatto che gli apparati statali scontano l'asimmetria informativa tra legislatore centrale – che dovendo provvedere in svariati ambiti non può raggiungere alti gradi di *expertise*

---

<sup>77</sup> Cfr. Op. Ult. Cit., p. 232 e bibliografia ivi citata: D. MC BARNET-C. WHELAN, *The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control*, 1991, 54 MLR 848; ID., *Challenging the Regulators: Strategies for Resisting Control*, in C. McCrudden (ed.), *Regulation and Deregulation*; D. MC BARNET, *Law, Policy and Legal Avoidance* (1988) *Journal of Law and Society* 113

<sup>78</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., pp. 11-13, e adesso T. J. GEIGER, *Studi preliminari di Sociologia del Diritto*, a cura di M. L. Ghezzi, N. Bersier, Ladavac, M. Marzulli, Milano, Mimesis Edizioni, 2018.

specialistica – e sub-sistemi sociali da regolamentare sempre più densamente intrisi di sapere tecnico-scientifico di settore.

Per lungo tempo il *Command & Control* è stato applicato anche nell'ambito della disciplina delle attività delle organizzazioni complesse, e tuttora viene adoperato per la disciplina di alcuni settori. Dalla constatazione delle criticità di questo paradigma nasce il dibattito intorno all'elaborazione di metodi alternativi per ottenere migliori risultati. La *Self-Regulation*, e le successive costruzioni teoriche che a questa fanno riferimento, nasce come ipotesi di risposta alternativa.

## **2.2. La crisi del diritto penale moderno**

L'affermazione dei sistemi autonormativi come strumento di prevenzione di fenomeni criminologici viene spesso accostata al declino del diritto penale tradizionale. Questo tracollo sarebbe dovuto da una parte alla perdita di centralità del principio di legalità in materia penale, dall'altra all'inadeguatezza e all'ineffettività dello strumento punitivo statutale nella prevenzione dei reati.

### ***2.2.1. La crisi del principio di legalità in materia penale***

Il principio scolpito dai padri costituenti nell'articolo 25 c. 2 Cost. afferma il principio di legalità in materia penale consacrato nell'istituto della riserva di legge. Come noto, la riserva di legge è il meccanismo costituzionalmente predisposto per assolvere alle istanze scaturenti dalla forma

di governo democratica<sup>79</sup>. Segnatamente, tali istanze nascono dall'esigenza di mitigare, attraverso i correttivi costituzionali democratici, l'ineliminabile componente autoritaria insita in ogni sistema di diritto penale<sup>80</sup>.

Tuttavia, la prassi del diritto vivente restituisce l'immagine di un principio fortemente eroso, in cui il divario esistente tra il modello ideale e quello reale si presenta in tutta la sua vastità. L'ordinamento penale post-costituzionale ha seguito infatti un corso di molto distante dal modello postulato dall'art. 25 c. 2 Cost., portando al progressivo sgretolamento del principio di riserva di legge, quantomeno nella sua versione più formalistica. Le cause cui è riconducibile il fenomeno di crisi della legalità sono molteplici e la scienza penalistica, per la quale il tema è diventato ormai classico, suole distinguerne la rappresentazione in due categorie: in primo luogo si fa riferimento alle cause endogene, cioè connaturate all'ordinamento penale interno; spostandosi sul piano sovranazionale si fa riferimento invece alle cause esogene, che discendono dall'incidenza degli ordinamenti sovranazionali su quello interno. Sembra quindi opportuno riprendere questa classificazione per illustrare la crisi della riserva di legge in materia penale<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, p. 1247 ss.

<sup>80</sup> Cfr. sul punto C. E. PALIERO, *L'agorà e il palazzo*, in *Criminalia*, 2012, p. 97 ss.

<sup>81</sup> G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio*, cit., p. 79 ss.; ID., *Legalità penale e democrazia*, cit.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, 2007; A. CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XXXVI, 2007; A. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, p. 99 ss.; C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine dell'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia* 2011, p. 125 ss.; AA. VV., *Interventi al convegno organizzato dalla Camera penale di Firenze Terzo basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità*, Firenze 14-15 dicembre 2012; C. GRANDI,



### 2.2.1.1. Le cause endogene

Una delle principali cause alla base della crisi del principio di riserva di legge risiede proprio nell'incapacità dell'organo parlamentare di ricoprire adeguatamente il ruolo assegnatogli dalla Costituzione. Da questo punto di vista, la dottrina non ha mancato di sottolineare come negli ultimi decenni si riscontri una progressiva perdita di rappresentatività<sup>82</sup> unita ad un graduale svilimento della credibilità dell'istituzione parlamentare<sup>83</sup>. Questi aspetti sarebbero fomentati dalla polarizzazione verso il principio maggioritario (che ha soppiantato quello democratico a più ampio raggio) e alla scadente qualità della classe politica odierna<sup>84</sup>.

In questo scenario si innesta il cospicuo ricorso alle pratiche distorsive del procedimento legislativo, che pure costituirebbe una delle anime fondanti della *ratio* democratica della riserva di legge in materia penale. Non è raro, infatti, che la legge parlamentare venga sottoposta ai c.d. maxi-emendamenti o

---

*Riserva di legge e legalità penale europea*, cit. p. 24 ss., L. PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza penale europea*, cit., p. 9 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, ESI, p. 28 ss.

<sup>82</sup> C. F. GROSSO, *Il fascino discreto*, cit. p. 127.

<sup>83</sup> Ci si riferisce soprattutto all'incapacità di progettare e gestire il dibattito politico in sede istituzionale, agli scandali che hanno riguardato la classe politica e al suo generale scadimento morale e culturale, e alle derive populistiche delle maggioranze governative ed in generale dei partiti politici. G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit. p. 85-86, F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, I, pp. 71-76; C. GALLI, *Il disagio della democrazia*, Einaudi, Torino, 2011; P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006; F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2009; P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *osservatoriosullefonti.it*, n.1/2010.

<sup>84</sup> G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge*, cit. p. 85-86, F. GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, I, pp. 71-76; C. GALLI, *Il disagio della democrazia*, Einaudi, Torino, 2011; P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006; F. MODUGNO, *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2009; P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n.1/2010.

che sia posta la questione di fiducia sulla sua approvazione. Peraltro, le due pratiche sono state spesso utilizzate dall'esecutivo in versione combinata, così eliminando – in una sola volta – il potere di emendamento delle minoranze e la possibilità di scegliere di votare in maniera incondizionata.

Tuttavia, le condizioni in cui versa l'organo parlamentare sono solo il preludio della crisi cui è esposto il principio di riserva di legge, l'erosione del principio avviene soprattutto per via di fattori che — pur essendo in relazione di contiguità — provengono dagli altri poteri statali. Da quest'ultimo punto di vista, le flessioni più consistenti si manifestano invece quando si verificano ingerenze degli altri poteri nella formazione della disposizione penale.

L'ambito nel quale si consuma più frequentemente la crisi della riserva di legge è certamente quello dell'applicazione giudiziaria della norma penale. Il potere giudiziario, pur completamente privo di legittimazione democratica, è quello che si scontra costantemente con le lacune lasciate dal Parlamento e che si trova nella condizione di doverle colmare. Il potere giudiziario tende così ad assumere un ruolo creativo che si spinge ben oltre l'attività puramente ermeneutica. Le istanze collettive, più o meno razionali, che reclamano la repressione della criminalità si dirigono ormai verso la magistratura, che restituisce decisioni fortemente connotate dall'impronta della politica giudiziale. Questa tendenza sembra essersi tanto consolidata nel corso degli ultimi anni che si è giunti a paradossi in cui è stato lo stesso legislatore in sede di approvazione del testo di legge a rimandare alla funzione nomofilattica della

Cassazione per il chiarimento dei profili che non era stato possibile dirimere in sede di approvazione<sup>85</sup>.

L'assunto che la giurisprudenza costituisca una vera e propria fonte di diritto penale è un dato ormai riconosciuto in dottrina, tuttavia il fenomeno ha sollecitato reazioni differenti: parte della dottrina, maggiormente ancorata al principio di legalità formale, si mostra recalcitrante rispetto all'idea che il giudice possa creare diritto penale<sup>86</sup>; altra parte della dottrina accetta il fenomeno partendo da un'impostazione di "realismo" interpretativo, e legittima la propria posizione anche sulla scia dell'evoluzione sovranazionale della legalità penale che contempla la fonte giurisprudenziale come fonte di diritto penale a tutti gli effetti<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Ci si riferisce evidentemente alla vicenda della riforma del c.d. falso in bilancio, F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2213: «in assenza di una relazione accompagnatoria anche solo vagamente idonea a fornire una chiave di lettura agli interpreti, l'effettiva *voluntas legis* deve essere ricostruita attraverso le (2524!) pagine dei lavori preparatori, rinvenibili sul sito internet del Senato: ebbene, il risultato di tale analisi non fa che aggravare la situazione, confermando l'inaccettabile sciatteria dell'attuale legislatore, il quale sembra scientemente abdicare al proprio ruolo di autore delle regole legali, rimettendo direttamente alla giurisprudenza il compito di stabilire il confine tra i comportamenti costituenti reato e quelli penalmente irrilevanti (si veda il paradigmatico passaggio, relativo proprio all'espunzione dell'inciso di cui ci si sta occupando, in cui il relatore di maggioranza al Senato, espressamente richiesto di fornire un'indicazione sul punto, si astiene dall'assumere una posizione in merito agli effetti di tale modifica, dichiarando apertamente che sarà "la nostra Corte di cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti»

<sup>86</sup> Da parte di questa dottrina derivano le proposte di riforme istituzionali che riguardano la selezione della magistratura e la relativa formazione e l'istituzione di nuove figure di responsabilità per il magistrato. Se, infatti, si chiede al giudice di risolvere conflitti tra i cittadini, di svolgere un ruolo di mediatore nel conflitto sociale, e di assumere compiti di decisione pubblica; è dubbia l'adeguatezza dello *status* del funzionario pubblico statale non eletto. Per ovviare a queste discrasie si propone quindi di modificare i criteri di reclutamento trovando alternative che favoriscano anche l'accesso "laterale" alla magistratura da altre professioni legali.

<sup>87</sup> Questa parte della dottrina propone invece interventi (mutuati dai sistemi di *Common Law*) che correggano gli assetti attuali istituzionalizzandoli in modo da favorire la stabilizzazione del

Un altro fronte su cui si può rintracciare una flessione della legalità penale riguarda l'uso degli atti aventi forza di legge adottati dal Governo come fonti di diritto penale. Sebbene parte della dottrina, insieme con la giurisprudenza costituzionale, ritengano legittimo il ricorso agli atti aventi forza di legge di matrice governativa per disciplinare la materia penale<sup>88</sup>, nella prassi l'uso di questi istituti avviene spesso in carenza dei requisiti previsti dagli art. 76 e 77 Cost.

Dopo la battuta d'arresto che la Corte Costituzionale ha assestato alla pratica dei decreti legge reiterati, la prassi ha subito un netto *révirement* verso la delegazione del potere legislativo al Governo. Tuttavia, il decreto legislativo

---

diritto giurisprudenziale e la riaffermazione della certezza del diritto. Sarà quindi necessario favorire l'accesso e la prevedibilità del diritto giurisprudenziale da parte del cittadino; e assicurarsi che la prevalenza del diritto giurisprudenziale non si traduca in un'applicazione incerta del diritto anche in pregiudizio dell'altra fondamentale componente della legalità liberale: l'irretroattività della norma penale. Cfr. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, Giuffrè; ID., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, cit.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 159 e ss; ID. *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., p. 49 et passim; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, Giappichelli; ID., *Common law e principio di legalità*, cit.; nello stesso senso, seppur con posizioni meno nette, G. Fiandaca e F. Palazzo.

<sup>88</sup> In questo senso G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 310; M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 2006, p.31 ss. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 52 ss.; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p. 225, A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, Giappichelli. La dottrina favorevole all'uso della legge materiale in materia penale argomenta le proprie posizioni facendo riferimento al criterio gerarchico, all'esigenza di far prevalere le esigenze di funzionalità della legislazione penale su quelle di garanzia dei diritti individuali limitatamente ai casi di effettiva emergenza), all'esistenza di un controllo successivo svolto dal Parlamento in sede di conversione e dalla sindacabilità dell'atto da parte della Consulta. Per l'orientamento contrario, F. BRICOLA, *Commentario* cit. sub art. 25 c.2 Cost., p. 238 ss; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 54; A. GAMBERINI, *Riserva di legge*, in *Introduzione ai principi del sistema penale*, vol. I, a cura di Insolera-Mazzacuva-Pavarini-Zanotti, Torino, Giappichelli, 2000, p. 123.

gode generalmente (quando esercitato entro i limiti stabiliti dalla legge di delega) di una migliore reputazione per quanto riguarda il campo penalistico, in virtù della sua naturale idoneità alla disciplina di una realtà che conosce un sempre maggiore grado di tecnicizzazione.

Il decreto legislativo viene poi preferito nel caso in cui si debba provvedere alla (ri)definizione di intere materie, poiché favorisce interventi organici che necessitano una solida base tecnica — di cui il Governo, grazie ai suoi apparati tecnici, sembra maggiormente dotato rispetto al Parlamento — per essere disciplinati.

Le incursioni dell'esecutivo nella sfera delle attribuzioni parlamentari si manifestano, inoltre, attraverso l'eterointegrazione della fattispecie penale da parte di fonti ministeriali<sup>89</sup>. Quest'ultima tendenza, fomentata dalla crescita dei precetti penali "aperti"<sup>90</sup>, è di gran lunga la più simile a quella autonormativa poiché l'integrazione delle fonti ministeriali è motivata dalla necessità di rimediare alle lacune informative di cui risente il Parlamento negli ambiti ad

---

<sup>89</sup> L'esempio più tradizionale del fenomeno riguarda i decreti ministeriali che, seguendo un modello "enumerativo-analitico", integrano la fattispecie penale definita dalla legge. Ciò è avvenuto con riferimento alla disciplina riguardante le sostanze stupefacenti vietate e relative quantità, e quella in materia di doping; il modello di integrazione consente di modificare agilmente le "tabelle delle sostanze" garantendo così un buon equilibrio tra riserva di legge, principio di precisione ed aggiornamento della normativa alle conoscenze tecnico-scientifiche più attuali.

<sup>90</sup> La tendenza, già segnalata verso la metà degli anni '70, viene descritta come uno dei mali minori dell'ipertrofia legislativa dello stato sociale e risulta per alcuni addirittura auspicabile cfr. C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit. p. 100 e i contributi ivi citati: M. ROMANO, «*Repressione della condotta antisindacale*». *Profili penali*, Milano, 1974, p. 170; C. PEDRAZZI, *Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, p. 1100 s.

alta specializzazione tecnica e a raggiungere maggiori soglie di precisione per la norma penale<sup>91</sup>.

In questo senso è interessante notare come la torsione della legalità formale comporti, in realtà, un innalzamento delle garanzie proprie del volto liberale della legalità: il destinatario finale del precetto penale si trova di fronte ad una disposizione di certo carente dal punto di vista della genesi democratica, ma maggiormente circostanziata e dettagliata nella sua definizione<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> F. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit. p. 233 il quale sostiene con riferimento al carattere “altamente tecnologizzato” della società moderna: “È piuttosto il potere esecutivo col suo apparato di ministeri e di correlativi uffici tecnici ad essere — almeno teoricamente — in grado di elaborare la disciplina per campi sempre più numerosi di materie reclamanti protezione giuridica (si pensi, ad esempio al settore delle telecomunicazioni, dell’energia nucleare e più in generale della produzione ed utilizzazione di sostanze pericolose)”, L’A. continua la sua riflessione constatando l’impossibilità per il legislatore di trovare, a livello generale e astratto, il giusto temperamento di interessi necessario in queste materie dove le esigenze di tutela si contemperano con quelle di sviluppo tipiche del progresso scientifico: “(...) ne viene necessariamente che sarà l’amministrazione pubblica a risolvere in concreto questi potenziali conflitti attraverso l’emanazione dei suoi atti caratterizzati ad un tempo da alti tassi di discrezionalità e da contenuti tecnici”; R. BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità*, in Riv. it. dir. proc. pen., p.31; L. PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza*, cit., p. 12-14: “Il ricorso invece alle fonti secondarie le quali, come noto, intervengono nel processo di definizione del precetto, seppure necessarie (se non proprio indispensabili) in quei settori caratterizzati da un elevato contenuto tecnologico-scientifico, in quanto riescono a contemperare le opposte esigenze di mantenimento di una normazione sintetico-astratta e di un dettagliato apporto tecnico-specificativo, ove raggiungano dimensioni talmente importanti sia qualitativamente che quantitativamente inducono nei fatti verso una progressiva relativizzazione del principio di riserva di legge. Tali fenomeni dunque incidono fortemente sulla centralità del Parlamento nel processo di produzione normativa penale, sostituendovi in definitiva il Governo.”; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità*, cit., p. 28.

<sup>92</sup> Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Cit., p. 47: “L’esigenza di certezza, se per essa si intende il porre il destinatario del disposto in grado di conoscere quali diano i comportamenti leciti e quali quelli illeciti, è soddisfatta anche se i disposti sono tutti regolamentari. L’unica condizione perché il fine della certezza sia raggiungibile è che la regola giuridica trovi applicazione soltanto per fatti posti in essere dopo l’entrata in vigore della regola stessa. La natura della regola, primaria o secondaria che sia, non riguarda la certezza del diritto. Anzi potrebbe sostenersi che concernendo in genere i regolamenti una cerchia di destinatari meno ampia di quella della legge ne verrebbe facilitata la loro conoscibilità da parte degli interessati.”; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio*, cit., p. 84, il quale rileva *in obiter dictum* riferendosi alla tradizionale garanzia di certezza: “(...) la quale — come non a caso

La constatazione della situazione esistente (e dei benefici che pure produce) ha portato la dottrina ad accostarsi all'argomento con maggiore indulgenza (dovuta al fatto che le più gravi e importanti aggressioni della legalità formale si verificano ad altri livelli) e disincanto (dovuto al fatto che il sistema delle fonti non ha quasi mai saputo esprimere una legislazione penale scevra del contributo integrativo delle fonti subordinate)<sup>93</sup>.

Sulla stessa falsa riga si assestano le eterointegrazioni sub-legislative promananti dalle autorità amministrative indipendenti che pure sono espressione, in una qualche misura, di un potere costituito legislativamente dallo Stato<sup>94</sup>. L'attività delle Autorità indipendenti è risultata fortemente incisiva su diversi rami del diritto penale. Basti pensare al ruolo determinante della regolamentazione CONSOB per quanto riguarda l'individuazione delle "condotte ammesse", ritenute pertanto non manipolative di mercato<sup>95</sup>; e

---

si osserva—potrebbe al limite essere assicurata anche con norme penali di rango sub-legislativo, purché emanate preventivamente rispetto al tempo della commissione del reato, in modo da essere anticipatamente conoscibili da parte dei cittadini”.

<sup>93</sup> Cfr. V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, p. 84 e ss. L'autore rileva il progressivo abbandono della tematica anche da parte della dottrina che ha dedicato maggiore attenzione al tema, e la stabilizzazione del dibattito sulla posizione intermedia dell'accettabilità delle integrazioni di natura tecnica da parte delle fonti ministeriali.

<sup>94</sup> Nota in proposito A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit. p. 104: "Il prodotto istituzionale' del distacco dal circuito politico-rappresentativo in funzione di istanze di efficienza e di tecnicismo, è rappresentato dal moltiplicarsi di autorità indipendenti, 'legislatori' tecnici esenti da responsabilità politico-elettorale, la cui legittimazione poggia su competenza, autorevolezza e neutralità e i cui penetranti poteri normativi si esprimono in varia guisa, godendo di una forza di fatto che sfugge al primato della legge e che trova nel predominio del principio tecnocratico sul principio democratico la sua prima ratio”.

<sup>95</sup> Regolamento n. 16191 del 29 ottobre 2007 emanato in attuazione del d. lgs. n. 58 del 1998.

l'indispensabile integrazione delle Istruzioni della Banca d'Italia in materia di antiriciclaggio o di antiusura<sup>96</sup>.

L'eterointegrazione sub-legislativa della legge penale si realizza in diverse modalità a seconda della portata integrativa, dell'estensione temporale del rinvio alla fonte secondaria, del grado di incidenza sulla fattispecie e del grado di evidenza della specificazione<sup>97</sup>.

La Corte costituzionale ha in un certo senso avallato le tendenze della prassi richiedendo però che l'integrazione non superasse il limite della discrezionalità amministrativa, e più precisamente che non invadesse il terreno della discrezionalità politico-criminale del Parlamento. Pertanto la Corte ha posto quale condizione di ammissibilità dell'integrazione sublegislativa la "sufficiente specificazione del fatto" di reato da parte della legge, e la possibilità di dedurre dal dato legislativo il "contenuto politico essenziale": in sostanza, il precetto penale deve ricevere completa enunciazione già nel divieto posto per mezzo della legge", mentre l'integrazione da parte della fonte subordinata deve avere natura esclusivamente tecnica<sup>98</sup>.

Per vero, il confine tra tecnica e politica risulta nella prassi di difficile demarcazione, il che comporta uno scivolamento verso la delegazione del potere

---

<sup>96</sup> Ci si riferisce evidentemente al ruolo di Banca d'Italia che fissa trimestralmente i tassi usurari e i criteri e le modalità di computo, fornendo le indicazioni tecniche che vengono recepite all'interno di decreti del Ministero del Tesoro e costituiscono elemento essenziale per l'applicabilità della normativa legale che altrimenti rimarrebbe priva del parametro di riferimento per individuare la condotta tipica del reato.

<sup>97</sup> Sul punto cfr. ancora una volta V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate*, cit., p. 97 ss.

<sup>98</sup> Cfr. sul punto G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso*, cit., p. 108; V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate*, cit., p. 101 ss.; A. GAMBERINI, *Riserva di legge*, in *Introduzione al sistema penale* vol. I a cura di G. Insolera, N. Mazzacupa, M. Pavarini, M. Zanotti, Torino, 2000, Giappichelli, p. 138-139; Sentenze Corte Cost. n. 168 del 1971 e n. 282 del 1990.



punitivo a fonti prive della legittimazione rappresentativa e adottate secondo procedimenti che non esprimono le garanzie democratiche alla base della riserva di legge in materia penale. Va segnalato che la prassi, lungi dall'essere "dolosamente" perpetrata dalle fonti dell'esecutivo, si realizza in larga misura proprio perché è la stessa fonte legislativa a non rispettare il vincolo positivo imposto dalla riserva di legge *ex art. 25 c. 2 della Costituzione*.

Breve. L'infrazione della riserva di legge da parte delle fonti sub-legislative si verifica poiché la legge risulta carente nella definizione dei criteri politico-criminali che informano la disciplina della fattispecie penale: la norma penale imprecisa impone alla fonte della specificazione l'obbligo di colmare i vuoti lasciati dal legislatore.

#### **2.2.1.2. Le cause esogene**

Le cause esogene che determinano un indebolimento della riserva di legge sono generalmente ricondotte agli effetti derivanti dall'adesione dell'Italia agli ordinamenti giuridici sovranazionali dell'UE e del Consiglio d'Europa<sup>99</sup>. Sebbene l'appartenenza a queste comunità internazionali determini per lo più l'innalzamento della tutela dei diritti umani, dal punto di vista della legalità penale si pone in termini controversi<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 48 ss.

<sup>100</sup> Sul tema, *ex multis*, M. D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte Costituzionale e Corti europee*, in *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli 2006, p. 261 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013; G. FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. Fondaroli, Cedam, Padova, 2008; L. PETTOELLO MANTOVANI, *Convenzione europea e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1991; F. SGUBBI,

Con riferimento all'Unione Europea, l'invasione del campo del legislatore può avvenire attraverso l'imposizione di obblighi di criminalizzazione nell'ambito delle materia di competenza dell'UE per la tutela dei suoi interessi, oppure – come di recente dimostrato dalla nota vicenda Taricco<sup>101</sup> – dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'UE.

Per ciò che concerne il sistema CEDU, invece, si verifica una discrasia di tipo strutturale dovuta al diverso concetto di legalità prevalso nell'ambito della Convenzione. L'art. 7 della CEDU sancisce un principio che ha portata simile, ma non sovrapponibile rispetto a quello interno. Segnatamente, l'art. 7 rivela un'estensione orizzontale più ampia di quella prevista dalla riserva di legge: le garanzie di matrice sovranazionale si estendono infatti a tutta la c.d. *matière pénale*, anche a prescindere dall'etichetta utilizzata per qualificare l'illecito. Per converso, l'art. 7 CEDU ha portata più ristretta dell'art. 25 c. 2 Cost., in quanto – per l'appunto – non include la riserva di legge tra le garanzie penalistiche. Così, potranno costituire una valida *legal basis* per l'incriminazione anche le fonti giurisprudenziali.

Con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, si suole sottolineare che – trattandosi di un diritto giurisprudenziale– le pronunce possono risultare in qualche modo influenzate dalle circostanze particolari del

---

*Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D.Fondaroli, Cedam, Padova, 2008; S. RIONDATO, *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. IV, 2011; F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale e Processo, Speciale Europa e giustizia penale*, 2011; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V.Manes-V.Zagrebelksy, Giuffré, Milano, 2011.

<sup>101</sup> Per una accurata analisi della questione e delle ricadute sul sistema sotto diversi profili, cfr. AA.VV., *Principio di legalità penale e Diritto costituzionale problematiche attuali*, (a cura di) Irene Pellizzone, Milano, Giuffré, 2018.

caso concreto. La Corte EDU è chiamata a svolgere una verifica circa la violazione di uno dei diritti dalla CEDU da parte dello Stato, dovendo quindi fornire risposta a *un* caso concreto, che necessariamente riverbera i suoi condizionamenti sulla decisione finale. Secondo queste modalità, la Corte EDU non è mai chiamata a fronteggiare il problema del bilanciamento – in assoluto – tra diritti e interessi particolari del reo e della vittima: ponderazione che è invece ineludibile per il legislatore penale, che deve formalizzare i conflitti sociali nell’incriminazione, prendendo posizione a favore di una parte contro l’altra. Tale circostanza ha condotto parte della dottrina a denunciare il troppo spiccato vittimocentrismo europeo come fonte di menomazione delle garanzie liberali riconosciute al reo dal diritto penale interno<sup>102</sup>.

#### *2.2.2. L’ineffettività preventiva del paradigma impostato sulla minaccia della pena*

Oltre alle tendenze registrate sul piano delle fonti, acquisisce sempre maggiore spessore la presa di coscienza dell’insuccesso del diritto penale come strumento per realizzare gli scopi di politica criminale prefissati. Sul punto si tornerà più diffusamente nel capitolo III, ma vale la pena anticipare il dibattito dottrinale nei suoi termini essenziali già in questa sede.

Da una parte, le verifiche funzionali relative al tasso di realizzazione della funzione preventiva perseguita mediante la minaccia di pena smentiscono la proficuità degli approcci impostati sulla deterrenza e quelli orientati alle

---

<sup>102</sup> V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, 2010, Giappichelli.

conseguenze<sup>103</sup>. Tanto dal punto di vista general-preventivo, in termini di ‘riduzione della criminalità’ quanto dal punto di vista special-preventivo con riguardo alla diminuzione dei recidivi; la realtà empirica sconfessa il rimedio penalistico saldamente ancorato alla pena detentiva<sup>104</sup>. Il primo dato riguarda quindi l’ineffettività del diritto penale *tout court*.

Per altro verso, un acceso dibattito dottrinale si è sviluppato attorno all’adeguatezza e all’impotenza della risposta penalistica alle questioni poste dalla società del rischio. In questo contesto, il dibattito dottrinale si è diviso tra quelli che continuavano a riporre fiducia nella risposta penalistica, adombrando, di fatto, la concezione del diritto penale come strumento di protezione di beni giuridici con proposte che sostengono l’anticipazione della tutela penalistica, la legislazione penale simbolica, la dematerializzazione del bene giuridico sino ad affermare l’idea che il diritto penale sia strumento di tutela della generazioni future<sup>105</sup>.

Per converso, altra parte della dottrina ha tentato di spostare il fulcro del dibattito verso la prospettazione di alternative maggiormente efficaci rispetto al diritto penale, anche in considerazione degli scarsi risultati in termini di efficacia repressiva prodotti dall’espansione del diritto penale ai contesti densamente intrisi dal rischio. Alla posizione di chi ritiene che il diritto penale dovrebbe abbandonare i territori del controllo delle attività correlate al rischio

---

<sup>103</sup> C. E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra. Mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Studi in Onore di Emilio Dolcini* §3.1.1.

<sup>104</sup> Cfr. ancora C. E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra*, cit., p. anche per le relative citazioni.

<sup>105</sup> C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 346.

tecnico scientifico, segue la riflessione sulle alternative regolative disponibili all'interno dell'ordinamento giuridico (sul punto, cfr. oltre, Cap. 3).

In questo scenario si fa strada la proposta di Hassemer incentrata sulla riduzione delle aree di pertinenza del diritto penale nucleare accostata all'introduzione di un diritto dell'intervento statale non penale, cui viene assegnato il compito di rispondere alle istanze proposte dalla società del rischio, non fronteggiabili mediante pena<sup>106</sup>. Si tratterebbe, in particolare, di un diritto punitivo con tratti ibridi mutuati in parte dal diritto civile e in parte da quello amministrativo. Questa prospettiva, introduce l'idea di un diritto penale a due intensità cui corrispondono garanzie direttamente proporzionali all'afflittività delle sanzioni. Nel solco di questa proposta sono però stati sollevati non pochi dubbi da parte di quella dottrina che – pur prendendo in considerazione l'*Interventionsrecht* – non abbraccia incondizionatamente il paradigma in quanto vi ravvisa una potenziale 'truffa delle etichette'<sup>107</sup> ovvero perché determina un controllo statale più pervasivo e soffocante rispetto alla vita del cittadino<sup>108</sup>.

In altri casi, il problema dell'ineffettività preventiva del diritto penale è legato al basso grado di performance offerto dalle agenzie di *enforcement* che non riescono a perseguire i reati in maniera adeguata, o alla difficoltà di intercettare la commissione del reato per la sua intrinseca conformazione. Questo problema è particolarmente evidente nei reati necessariamente plurisoggettivi, quali – ad esempio – quelli corruttivi, in cui corruttore e

---

<sup>106</sup> C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit. p. 354.

<sup>107</sup> C. E. PALIERO, *Diritto penale classico versus diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?*, in *R. Fac. Direito, Curitiba*, 1992/93, p. 21 ss.

<sup>108</sup> K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di Luigi Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005.

corrotto sono verosimilmente gli unici due soggetti ad essere a conoscenza del reato e hanno un reciproco interesse a tenerne celata l'esistenza<sup>109</sup>. In questi casi, essendo piuttosto difficile abbattere la cifra nera con i classici metodi di contrasto alla criminalità, pare necessario approfondire la ricerca aprendo a ulteriori strategie che puntino alla destabilizzazione delle circostanze che consentono la commissione del reato.

---

<sup>109</sup> Cfr. V. MONGILLO, *La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale, Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, cit., p. 9.

# Capitolo 2

## PARADIGMATICA DELL'AUTONORMAZIONE

SOMMARIO: 1. Statica del fenomeno - 1.1 Gli attori del processo autonormativo - 1.1.1 Gli enti autonormatori - 1.1.2 Gli attori statali - 1.1.3 I gruppi esponenziali - 1.2 I contenuti delle fonti autonormate - 1.3 Il metodo adottato - 2. Dinamica del fenomeno – I modelli anglosassoni - 2.1 L'autonormazione spontanea: Voluntary Self-Regulation come concretizzazione della compliance strategy - 2.2 L'autonormazione prevista dallo Stato - 2.2.1 I diversi gradi di cogenza dell'autonormazione: le strategie dello Stato - 2.2.1.1 Autonormazione facoltativa - 2.2.1.2 Autonormazione incentivata - 2.2.1.3 Autonormazione obbligatoria - 2.2.2 Le diverse nomenclature e sfumature valorizzate dalla dottrina anglosassone - 2.2.2.1 La proposta dell'Enforced Self-Regulation (Braithwaite) - 2.2.2.2 Meta Regulation - 2.2.2.3 La lettura economicamente orientata di Ogas: Consensual Self-Regulation e Competitive Self-Regulation - 2.2.2.4 Sintesi sulle esternalità positive e negative della Self-Regulation secondo la dottrina anglosassone - 2.3 L'uso differenziato del paradigma: autonormazione negoziata - 2.3.1 Responsive Regulation - 2.3.2 Smart Regulation.

### 1. Statica del fenomeno

Chiarite le origini del fenomeno autonormativo, è necessario adesso concentrarsi sulla sua architettura strutturale che sarà analizzata nella sua dimensione statica e in quella dinamica. Il primo di questi due versanti sarà esplorato attraverso l'individuazione delle componenti essenziali del paradigma autonormativo: gli attori del processo autonormativo (§ 1.1); i contenuti delle fonti autonormate (§ 1.2); il metodo utilizzato (§ 1.3).

## 1.1. Gli attori del processo autonormativo

Chiarito il contesto economico, sociale e giuridico in cui si innesta il fenomeno autonormativo sarà molto più semplice illustrare chi sono gli attori che partecipano al processo autonormativo<sup>110</sup>. Si è ritenuto di suddividere in tre categorie gli attori che partecipano al processo autonormativo: gli enti autonormatori (§1.1.1), gli attori statali (§ 1.1.2), gli *stakeholders* (§ 1.1.3).

### 1.1.1. *Gli enti autonormatori*

Il primo e più importante gruppo di soggetti che prendono parte ai processi normativi riflessivi sono evidentemente gli enti autonormatori, cioè quei soggetti che producono le fonti oggetto di analisi.

Dal capitolo precedente è emerso con sufficiente chiarezza il dato collettivistico che connota le situazioni in cui si produce autonormazione. In particolare, un ruolo privilegiato è stato riconosciuto all'organizzazione complessa, individuato come candidato ideale per la positivizzazione e l'*enforcement* di regole autoimposte.

Dando ormai per acquisito il contesto di pluralismo giuridico, è stato chiarito come l'ordinamento giuridico si compone, oltre che di fonti prodotte

---

<sup>110</sup> Una raffinata e dettagliata analisi degli attori che prendono parte ai processi di regolamentazione decentrata è stata condotta da J. BRAITHWAITE-P. DRAHOS, *Global business regulation*, cit., che analizzano differenti ambiti di regolamentazione su scala globale, tra cui: la regolamentazione finanziaria (p. 113-124), il mercato dei valori mobiliari (p. 156-162), il commercio e la concorrenza (p. 194-206), gli standard lavorativi (p. 237-244); l'ambiente (p. 270-279); l'energia nucleare (p. 303-311); le telecomunicazioni (341-349); il settore farmaceutico (p. 382-386); il settore alimentare (p. 405-410); il trasporto via mare (p. 429-430); il trasporto su strada (p. 443-448); il trasporto aereo (p. 459- 463).



dallo Stato, anche da fonti derivanti da soggetti privati o ad esso subordinati. In questo contesto, si inseriscono le fonti di *Self-Regulation*, che si manifestano in quelle situazioni in cui un'organizzazione complessa esercita il controllo sui propri membri e sui loro comportamenti.

La più ampia prassi autonormativa si è certamente sviluppata attorno all'impresa<sup>111</sup> considerata sia individualmente sia nelle sue aggregazioni collettive<sup>112</sup>. È proprio nel contesto societario che hanno cominciato a diffondersi i *Codici Etici*, i *Codici di Condotta*, i *Compliance Programs* (a livello individuale) e le *best practices* e le linee guida (a livello collettivo). L'autonormazione espressa dall'impresa ha la caratteristica di esprimere regole

---

<sup>111</sup> In materia, senza pretesa di esaustività, cfr. R. D. COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy*, in *Southwestern University Law Review*, 1993, vol. 23, p. 443-451; EIJSBOUTS J., *Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and Their Enforcement*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 24 #1, Winter 2017, p. 184 ss; N. GUNNINGHAM-J. REES, *Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective*, 19 *Law & Pol'y*, p. 363 ss; B. CASHORE-G. AULD-S. RENCKENS, *The impact of private, industry and transnational civil society regulation and their interaction with official regulation*, in C. Parker-V. Nielsen (Ed. by), *Explaining Compliance: Business Responses to Regulation*, 2011, p. 343-376; J. BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, London, Routledge & Kegan Paul plc, 1984; J. BRAITHWAITE -T. Makkai, *Testing an Expected Utility Model of Corporate Deterrence*, in *Law & Society Review*, 1991, vol. 25, n. 1, pp. 7-40. D. THORNTON-R. A. KAGAN-N. GUNNINGHAM, *Sources of corporate Environmental Performance*, in *California Management Review*, 2003, vol. 46, n. 1, p. 127 ss.; nella letteratura italiana, per tutti, F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459-478; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffré, 2002, p. 280 ss..

<sup>112</sup> J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *The Modern Law Review*, 1996, vol. 59, n. 1, p. 26: «The term 'self' is used to mean two different things: self as in individual, and self as in collective. Thus the term 'self-regulation' is used to describe the disciplining of one's own conduct by oneself, regulation tailored to the circumstances of particular firms, and regulation by a collective group of the conduct of its members or others.».

specifiche ritagliate su misura in base alle specifiche esigenze dell'impresa stessa<sup>113</sup>.

Un'altra categoria di enti che producono autonormazione coincide con quei soggetti collettivi che aggregano soggetti in base alla comunità di interessi. Tra questi si possono annoverare tanto soggetti privati, quanto soggetti pubblici o sottoposti alla vigilanza pubblica<sup>114</sup>. In questa categoria vengono ricondotti gli ordini professionali, che esercitano il loro compito di autogoverno sulla categoria professionale rappresentata al fine di garantire l'integrità, la professionalità e la qualità dell'attività svolta dai propri membri<sup>115</sup>. Gli ordini professionali costituiscono uno degli enti autonormativi presenti da più tempo

---

<sup>113</sup> Da questo punto di vista pare interessante riportare la distinzione introdotta da Julia Black tra *Self-Regulation* e *Individualised Regulation*. La *Self-Regulation* descriverebbe l'ipotesi in cui un gruppo di persone fisiche o di entità (*bodies*), che agiscono congiuntamente, esercitando una funzione regolativa nei propri confronti e nei confronti di altri soggetti che riconoscono la loro autorità. Differentemente, il concetto di *Individualised Regulation* (Corrispondente in larga parte al concetto di *Enforced Self-Regulation* tracciato da Ayres e Braithwaite, e a quello di *Consensual Self-Regulation* identificato da Ogus) coincide con una normazione tagliata su misura per una singola impresa che può esprimersi tanto in contesti autonormativi quanto nel paradigma di *Command and Control*. I concetti, pur essendo analiticamente distinti, possono convivere nella prassi. J. BLACK, *Constitutionalising Self-Regulation*, in *The Modern Law Review*, Vol. 59, n. 1 (Jan. 1996), pp. 24-55.

<sup>114</sup> A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, 15 Oxford J. Legal Stud., 1995, vol. 15, p. 97 ss.; T. ROSTAIN, *Self-Regulatory Authority, Markets, And The Ideology Of Professionalism*, in Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge (Ed. by), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford Handbook Online, R. DANOVI, *Ordinamento e deontologia forense*, Giuffrè, Milano, 2016.

<sup>115</sup> M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvement de la politique criminelle*, Paris, Economica, 1983, p. 137 ss: «En effet, lorsqu'un groupe de personnes, exerçant un même genre d'activités et régies par un statut autonome, collaborent dans une perspective commune, ce groupe constitue un corps soumis à des normes spécifiques dont la source varie selon les catégories considérées et se trouve: "dans les usage et règlements propres à chaque corps (droit statutaire), dans la loi, lorsqu'elle réglemente le pouvoir disciplinaire pour toute une catégorie de corps (droit commun écrit), dans les principes généraux du droit valables pour tous les corps (droit commun non écrit)"».

nell'ordinamento, il prodotto normativo di questi organi si traduce tradizionalmente nei codici deontologici.

Altri enti autoregolatori possono essere individuati nelle aggregazioni sociali che stabiliscono i valori e gli standard di riferimento per il settore rappresentato: circoli scientifici, associazioni di categoria, associazioni del commercio, e associazioni sportive. Basti pensare alle linee guida medico chirurgiche elaborate da comitati scientifici che rappresentano lo stato dell'arte di una certa specialità (cfr. oltre Cap. 4), la *World Fair Trade Organization*, le federazioni sportive con i relativi regolamenti.

Ci sono poi soggetti che esercitano la funzione regolatoria come precipua finalità della propria attività. Ci si riferisce agli enti presenti a livello internazionale e regionale che hanno come scopo la creazione di standard qualitativi per l'armonizzazione dello stato dell'arte di diversi settori della scienza e della tecnica<sup>116</sup>. Si pensi all'*International Organization for Standardization* (ISO) e alle sue articolazioni a livello europeo (CEN) e a livello italiano (UNI), che si propongono come scopo lo sviluppo e la pubblicazione di standard valevoli a livello internazionale.

### 1.1.2. *Gli attori statali*

Gli enti statali partecipano al processo autonormativo in un ruolo apparentemente recessivo. Di primo acchito, si potrebbe pensare che l'autonormazione comporti una vera e propria retrocessione delle fonti statali,

---

<sup>116</sup> Sul punto, nella letteratura italiana, con specifico riferimento alle diverse declinazioni a livello nazionale e sovranazionale cfr. F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 227 ss.

poiché ove vi è l'una soccombe l'altra. Al contrario, l'autonormazione è principalmente una questione di graduazione ed equilibrio tra pubblico e privato<sup>117</sup>.

In realtà, il ruolo delle istituzioni statali rimane dominante ed è cruciale per l'affermazione e per il corretto impiego degli strumenti autonormativi, soprattutto negli ordinamenti di *civil law* impregnati del principio della *rule of law*. Come si avrà modo di esaminare nel dettaglio nel prosieguo di questo e del prossimo capitolo, le istituzioni statali entrano in contatto con le fonti autonormate sotto diversi profili e in diversi momenti.

Le istituzioni statali sono infatti quelle che determinano se tollerare, incentivare, indurre o addirittura imporre l'autonormazione dei soggetti privati ovvero dai soggetti pubblici ad esso sottoposti. La delega di funzioni regolatorie viene normalmente gestita dalle istituzioni costituzionalmente preposte allo svolgimento di quel compito, cioè il potere legislativo e – in qualche misura – quello esecutivo, e viene spesso sottoposta alla vigilanza di soggetti pubblici<sup>118</sup>.

D'altra parte, è in sede giurisdizionale che le fonti normative vengono prese in considerazione maggiormente. Basti pensare alla molteplicità di fonti extrastatali da cui si attinge per riempire di contenuto i parametri della colpa

---

<sup>117</sup> A. PAGE, *Self-Regulation: the constitutional Dimension*, p. 144: « Self-regulation and its counterpart, public governmental are formal concepts. As we shall see the formal position may be the relative bargaining strengths of government and associations well as the extent to which the relationship between them up to public scrutiny and influence. But the formal position not be confused with the underlying substance. In terms substance self-regulation is a matter of degree. To treat it would be to ignore the interpenetration of the private sectors which generated our interest in the issues of accountability raised by self-regulation; it would also make it difficult to find full-blown examples of the phenomenon, because, as mentioned, government has been heavily involved not only in the formation self-regulatory regimes but also in their monitor »

<sup>118</sup> P. GRABOSKY-J. BRAITHWAITE, *Of manners gentle. Enforcement Strategies Of Australian Business Regulatory Agencies*, Melbourne Oxford University Press Oxford Auckland New York in association with Australian Institute of Criminology, 1986.

specifica o per favorire la ricostruzione fattuale degli eventi valutati nel processo.

In sintesi, volendo individuare un modello generalmente valido per gli enti statali, si potrebbe dire che questi rivestono il ruolo di *medium* rispetto ai processi di autonormazione.

### 1.1.3. *I gruppi esponenziali*

In ultimo, occorre considerare che il processo di autonormazione avviene sulla base di stimoli (o di vere e proprie pressioni) provenienti dalla società che si articolano in vario modo a seconda del contesto.

Come già ampiamente chiarito, le istanze dirette ai soggetti autonormatori, promanano dai soggetti che indirizzano i loro bisogni di tutela e le loro proteste verso soggetti diversi dallo Stato<sup>119</sup>. Tale dinamica, fomentata dai processi di globalizzazione, permette di individuare come soggetti che esercitano un'influenza sull'organizzazione complessa che produce fonti riflessive: gli attivisti e i gruppi di protesta, le organizzazioni non governative, i consumatori, gli utenti, i lavoratori e i *media* (cfr. *supra* Cap. I)<sup>120</sup>.

Ciascuno di questi soggetti contribuisce a catalizzare l'attenzione dell'opinione pubblica su tematiche di cui l'impresa è ritenuta responsabile (nell'accezione più ampia chiarita nell'ambito della teoria della *Corporate Citizenship*) e indirizza all'organizzazione complessa le proprie pretese. In questo modo, l'ente autonormativo risponderà agendo sull'unica sfera su cui lo

---

<sup>119</sup> C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

<sup>120</sup> Cfr. J. BRAITHWAITE-P. DRAHOS, *Global business regulation*, cit., p. 497-501.

stesso è in grado di incidere, cioè quella interna. Da questo punto di vista, l'autonormazione costituisce uno degli esiti più concreti della *stakeholder theory*<sup>121</sup>.

## 1.2. I contenuti delle fonti autonormate

In primo luogo, avendo riguardo alla natura della *Self-Regulation*, si possono distinguere i casi di autonormazione in senso privatistico vs. autonormazione in senso pubblicistico<sup>122</sup>. Nel primo gruppo rientrano tutti i prodotti normativi elaborati dall'organizzazione per perseguire fini o interessi privati dei propri membri. Nel secondo gruppo, invece, sono presenti quelle organizzazioni che – mediante autonormazione – realizzano degli interessi

---

<sup>121</sup> In questo senso le conclusioni di C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, cit., che sostiene che il miglioramento dei sistemi di autoregolamentazione debba necessariamente passare attraverso il potenziamento della permeabilità dell'impresa rispetto alle esigenze di tutti i soggetti coinvolti dalla sua attività, grazie a un approccio democratico che consenta la presa in carico delle istanze provenienti dagli *stakeholders*. Le tre strategie di apertura democratica della società vengono così sintetizzate dall'autrice, *IBIDEM*, P. 197: «*Strategy One*: Responsible corporate self-regulators use employees' cultures, values and self-identities to build organizational integrity. This is a 'bottom up' approach to self-regulation. *Strategy Two*: Responsible corporate self-regulators find it is strategic to take legitimate stakeholder perspectives and external values into account, by reporting information about self-regulation processes and performance to stakeholders, by consulting with stakeholders, and by giving those affected by corporate power the ability to challenge corporate decisions and actions. This is an 'opening out' approach to self regulation in which stakeholder concerns and values have become an internal issue to be decisively addressed, not an externality to be ignored. *Strategy Three*: Responsible corporate self-regulators integrate into their routine management system institutions and decision-making processes that ensure that the company becomes aware of, learn from and responds to social and legal responsibility issues. This is a 'system approach' to corporate responsibility that emphasizes the importance of internal discipline, justice, self-regulation and self-evaluation systems within the whole self-management of the organization.»

<sup>122</sup> Per questa distinzione cfr. R. BALDWIN – M. CAVE – M. LODGE, *Understanding regulation*, cap. 8, Oxford University Press, 2011.

pubblici che ad essi sono stati delegati dallo Stato. D'altra parte, i due modelli non si porrebbero in termini di necessaria alternatività, essendo ben possibile che l'autodisciplina della singola impresa ridondi a favore dell'interesse pubblico.

Avendo riguardo al contenuto delle fonti autonormate è possibile rinvenire una pluralità di modulazioni che ricalca le tipologie di norme statali in maniera pressoché onnicomprensiva.

Nei codici etici sono molto comuni le statuizioni di principi e valori comuni che costituiscono l'ispirazione per sistema sociale rappresentato dall'ente autonormatore<sup>123</sup>, al pari di quanto può rinvenirsi nel nucleo fondante di qualsiasi Carta fondamentale<sup>124</sup>.

Per proseguire seguendo il parallelo con le carte costituzionali, non è raro che la fonte autonormata proceda all'individuazione del proprio apparato istituzionale, attribuendogli contestualmente i relativi poteri<sup>125</sup>. Queste fonti

---

<sup>123</sup> J. EIJSBOUTS, *Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and their Enforcement*, cit., p. 188; M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici Etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013, vol. 1, p. 101; D. LABIANCA, *La responsabilità penale dell'impresa tra soft law e compliance programs*, in A. Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, II Ed., WK-Cedam, Milano 2018, p. 124.

<sup>124</sup> G. TEUBNER, *Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 18, 2011, pp. 617-638.

<sup>125</sup> La rilevanza conferita agli assetti organizzativi aziendali in relazione ai profili collegati alla corporate governance emerge chiaramente anche dall'obbligo di adesione a codici di autodisciplina in materia di governo societario introdotto per gli emittenti quotati dalla l. 265 del 2005 recante *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, e dall'art. 123-bis del TUF come novellato dal D.lgs. n. 173 del 2008 che ha dato attuazione alla Direttiva 2006/46/CE, che prevede obblighi di informazione rispetto agli assetti proprietari e gestionali dell'emittente e l'adesione a codici di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione di mercati regolamentati. Sul punto cfr. N. IRTI, *Due temi di governo societario (responsabilità amministrativa – codici di autodisciplina)*, in *Giur. Comm.*, 2003, vol. 6, p. 695.

hanno infatti ormai raggiunto un elevato livello di raffinatezza, non è dunque raro che accanto alla dimensione puramente normativa siano previsti organi di autogoverno e di autodichia o autodisciplina, preposti all'esecuzione e alla giurisdizione del diritto riflessivo.

Nelle fonti autonormate che stabiliscono standard tecnici, le norme assumono prevalentemente la veste di proposizioni descrittive e prescrittive che, però, difficilmente sono corredate da una sanzione. Il rispetto di questo tipo di norme può essere richiesto quale condizione necessaria per essere riconosciuti (anche mediante eventuali certificazioni) come soggetti che agiscono in conformità con quello standard. Pertanto, il rispetto della regola vale a identificare il soggetto destinatario delle norme come parte di quella comunità che riconosce quelle regole come valide.

In altri casi, la fonte autonormata assume i tratti di un vero e proprio codice di norme comportamentali, fondate su comandi e divieti, assistite da sanzioni. Le modulazioni cambiano fortemente a seconda del tipo di fonte autonormata. Si danno casi in cui il segmento prescrittivo è completamente separato dall'apparato sanzionatorio, altri in cui sia prevista una generico potere sanzionatorio conseguente alla violazione delle prescrizioni statuite dalla fonte autonormata. Variegati sono anche i meccanismi di individuazione della tipologia di infrazione che possono seguire il criterio della tipicità (per la violazione di ciascuna prescrizione è prevista la sanzione) o quello dell'atipicità che prevede più semplicemente che la violazione delle prescrizioni autonormate comporta una sanzione.

In molti casi, l'effetto preventivo deriva direttamente dalla proceduralizzazione dell'attività, per questo molti sistemi autonormati comprendono norme organizzative-gestionali. Nei *Compliance Programs*, per esempio, oltre a un *corpus* di comandi e di divieti si accostano norme



prescrittive relative all'organizzazione che sono volte a disciplinare la ripartizione delle funzioni e dei compiti all'interno dell'impresa, in modo che la distribuzione dei poteri interni renda più difficile la commissione del reato<sup>126</sup>. Ad esempio, la segregazione delle funzioni decisionali in diversi settori e la frammentazione dei processi decisionali mediante la distribuzione dei poteri decisionali tra più soggetti, favoriscono la creazione di un ambiente in cui vi è sempre reciproca sorveglianza tra i soggetti che agiscono per l'impresa<sup>127</sup>.

Come si diceva nell'esordio di paragrafo, le fonti autonormative fondano spesso veri e propri sistemi normativi completi anche della funzione esecutiva e giurisdizionale. La dimensione applicativa e il grado di giustiziabilità della norma posta dalla fonte autonormata sono gli elementi che conferiscono maggiore credibilità al paradigma, che altrimenti resterebbe relegato sul piano delle enunciazioni di principio. Per questo motivo, non è raro rilevare l'esistenza di un sistema sanzionatorio che punisca le violazioni della fonte autonormata e di meccanismi di monitoraggio/controllo, di *reporting* e di autovalutazione che consenta di denunciare le violazioni agli organi preposti alla sorveglianza sull'attuazione della fonte autonormata<sup>128</sup>. Basti pensare che questi due meccanismi vengono spesso previsti come condizioni di esistenza della fonte autonormativa, che diversamente viene considerata un mero orpello regolativo avente effetti più cosmetici che effettivi.

---

<sup>126</sup> C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, cit., p. 130.

<sup>127</sup> Cfr. J. ARLEN-R. KRAAKMAN, *Controlling Corporate Misconduct: an analysis of Corporate Liability Regimes*, in *NYU Law Review*, 1997, vol. 72, n. 4, p. 687 ss.; J. ARLEN, *Corporate criminal liability: theory and evidence*, in A. Harel – K. N. Hylton (Ed. by), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 144 ss.; G. MILLER, *An Economic analysis of effective compliance programs*, in in A. Harel – K. N. Hylton (Ed. by), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, 2012, p. 247 ss.

<sup>128</sup> J. EIJSBOUT, *Corporate Codes as private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and their Enforcement*, cit., p. 203;

Un altro tipo di norme che sovente vengono integrate nei sistemi di autonormazione consistono nell'autoimposizione di obblighi di trasparenza e pubblicità rispetto a certi dati ritenuti sensibili e utili alla collettività per verificare l'operato dell'organizzazione complessa.

### 1.3. Il metodo adottato

Tralasciando gli aspetti, già sufficientemente scrutinati, relativi ai processi di genesi dell'esigenza autonormativa, occorre qui concentrarsi sull'*iter* di formazione del diritto riflessivo.

Sebbene si registri una notevole varietà di procedure preposte all'adozione delle fonti autonormate, quantomeno nei contesti di auto-organizzazione incentrata sull'impresa è possibile registrare un largo impiego delle strategie di *risk management*. Con specifico riferimento alle fonti riflessive che mirano a prevenire i reati, in effetti, l'attività di studio propedeutica all'individuazione delle cautele coincide con lo svolgimento di un'analisi e di una valutazione su di uno specifico rischio: il reato.

Un discorso diverso vale per quelle fonti che nascono sotto la spinta di esigenze distinte rispetto alla prevenzione del reato (basti pensare alle linee guida medico chirurgiche o alle norme di standardizzazione ISO). In questi casi la prevenzione del reato costituisce più un effetto 'collaterale' positivo dell'autonormazione, che – quasi accidentalmente – ridonda a favore delle esigenze di controllo sociale. Anche in quei casi, tuttavia, la fase di studio delle procedure e l'analisi dei rischi costituisce spesso una costante dell'*iter* di formazione del testo normativo.

Così, il percorso necessario per giungere a una compiuta regolamentazione del rischio reato si articola in alcuni passaggi metodologicamente standardizzati: la ricognizione delle attività e delle funzioni aziendali; la mappatura delle aree esposte a rischio; la misurazione del rischio-reato; l'elaborazione di cautele e procedure volte a mitigare il rischio, la comminatoria di sanzioni con riferimento alle infrazioni delle cautele predisposte; la predisposizione di organi di controllo indipendenti che vigilino sul rispetto delle regole.

La prima fase concerne lo studio dei processi produttivi e viene generalmente condotta attraverso l'analisi della documentazione aziendale e mediante lo svolgimento di interviste ai soggetti chiave della società.

Il metodo empirico di raccolta dati e di comprensione degli snodi cruciali societari costituisce la base anche per le successive fasi di mappatura del rischio. Per la buona riuscita di questa fase è necessario incrociare i dati aziendali collezionati con le evidenze derivanti dalle dinamiche criminologiche che illustrano la dimensione fenomenologica dei reati rilevanti.

La misurazione del rischio poggia sul calcolo di diverse variabili incidenti sull'entità del rischio stesso. In questo senso, si suole valorizzare la frequenza con cui l'attività a rischio viene svolta, la gravità delle conseguenze che si producono qualora il rischio-reato si concretizzi, l'esistenza di misure che già intervengono a mitigare il rischio e la presenza di precedenti in cui il rischio ha già trovato concretizzazione.

Per quanto riguarda la mitigazione del rischio, si pone in essere la fase squisitamente normativa. Le cautele impiegate potranno assumere una qualsiasi delle forme sopra illustrate: comandi, divieti, norme procedurali, norme di competenza e sanzioni.

Rispetto al sistema sanzionatorio e ai meccanismi di sorveglianza e reporting valgono le considerazioni sopra svolte.

## **2. Dinamica del fenomeno – I modelli anglosassoni**

Il dibattito dottrinale relativo all'autonormazione come strumento di prevenzione di comportamenti disvoluti dallo Stato si è sviluppato soprattutto nell'ambito della dottrina anglosassone che in Australia, negli Stati Uniti e nel Regno Unito si è interrogata sulle valide alternative disponibili per ridurre il ricorso al costoso schema del *Command & Control*. L'interesse per questi studi non si esaurisce nella circostanza che si rivelano antesignani rispetto all'evoluzione del sistema italiano (ed europeo-continentale in generale), ma acquisisce ancora maggiore rilevanza per la metodologia di ricerca utilizzata, in cui l'indagine empirica qualitativa e quantitativa si coniuga con i saperi provenienti dalle materie limitrofe al diritto: le scienze sociali e l'economia.

Per la ricostruzione qui proposta si è scelto di escludere una serie di criteri espositivi, in particolare: quello antologico, quello geografico, quello cronologico e quello *rationae materiae*. Nessuno di questi criteri è parso soddisfacente ai fini dell'analisi che si intende qui svolgere, più proficua è sembrata, invece, l'illustrazione della macro-categoria autonormativa seguendo le tassonomie consolidate in quella dottrina. Le differenti sotto-categorie sono identificate a seconda del grado di ingerenza dello Stato rispetto all'impiego della *Self-Regulation*. In progressione graduale si esamineranno prima gli assetti in cui lo Stato assume un ruolo meno intrusivo, per poi passare a quelli in cui è più spiccata l'ingerenza. Il criterio discretivo, se considerato in prospettiva

qualitativa ha natura assiologica, mentre in prospettiva quantitativa denota il graduale incremento della misura del potere statale nelle diverse esperienze.

### **2.1. L'autonormazione spontanea: Voluntary Self-Regulation come concretizzazione della compliance strategy**

Il primo modello di *Self-Regulation* di cui ci si occuperà è la c.d. *Voluntary Self-Regulation*, cioè quella categoria in cui le fonti autonormate sono elaborate dall'entità autonormatrice su autonoma iniziativa, senza cioè che viga alcuna previsione da parte dello Stato. Si tratta di una normazione che oltre ad essere riflessiva – cioè rivolta agli stessi soggetti che l'hanno elaborata, o comunque a soggetti interni a un certo *milieu* – si sviluppa in maniera spontanea, senza che intervenga in merito alcuna indicazione da parte dello Stato. L'entità decide autonomamente non solo il *quomodo*, ma addirittura l'*an* dell'autonormazione, mantiene cioè piena discrezionalità sia rispetto alle forme e ai contenuti dei propri moduli normativi, sia rispetto alla scelta di sviluppare o meno un sistema di autodisciplina<sup>129</sup>. Per questo motivo si suole riferirsi a questo tipo di regolamentazione anche facendo ricorso ai termini di *pure Self-Regulation* o – appunto – autonormazione spontanea.

Ciò chiarito, va subito precisato che le motivazioni che inducono l'impresa ad autoregolamentarsi non coincidono necessariamente con intenti filantropici. Rispetto alle finalità che l'organizzazione complessa si propone di raggiungere con l'autonormazione spontanea, si danno casi in cui l'ambizione coincide con finalità individualistiche proprie dell'organizzazione o casi in cui

---

<sup>129</sup> C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in *The Oxford Handbook of Regulation*, 2015, Oxford Handbooks Online, p. 7/24.

la *Self-Regulation* viene scelta come metodo per il rispetto di finalità imposte dallo Stato. Sarebbe a dire che nel primo caso l'autonormazione diventa lo strumento per realizzare esigenze intrinseche all'impresa, mentre nel secondo le stesse sarebbero etero-determinate dallo Stato, che impone un obbligo di risultato lasciando però gli enti liberi di organizzarsi come meglio ritengono per addivenirci.

Nell'ambito degli obiettivi intrinseci all'organizzazione complessa, ricoprono un ruolo dominante le ragioni imposte dal mercato e dalle contingenze sociali. Fuori dal contesto regolamentare statale, infatti, l'orientamento dell'attività dell'ente sarà interamente esposto alle logiche espresse da questi due contesti. Nel secondo caso, invece, quello in cui l'organizzazione è chiamata a garantire il conseguimento di un risultato giuridicamente imposto, l'opzione a favore dell'autonormazione spontanea è dettata da una valutazione di costi-benefici puramente attinenti all'ambito organizzativo.

Le leve che sollecitano l'autonormazione spontanea sono rintracciabili dunque su diversi piani, che vale la pena scandagliare, seppur per brevi cenni, in questa sede.

In primo luogo, una delle motivazioni alla base della *Voluntary Self-Regulation* consiste nella volontà di statuire, mediante un *corpus* normativo, i valori fondanti dell'organizzazione che si autodisdisciplina. L'imposizione di norme serve in questo caso ad affermare chiaramente l'identità dell'organizzazione e a rivelare ai terzi i principi ispiratori che animano l'agire

dell'entità in questione<sup>130</sup>. Il prodotto normativo realizzato sull'onda di queste esigenze sarà connotato da una pregnanza soprattutto comunicativo-descrittiva più che effettivamente prescrittiva. Le fonti in questione non sono quasi mai corredate da sanzioni, tuttavia l'efficacia condizionante di tali fonti proviene dalla legittimazione fondata sulla condivisione dei valori fondanti, dalla autorevolezza che l'entità autonormatrice esercita nei confronti dei destinatari e dal fatto stesso che l'autonormazione sia una scelta spontanea. In questo senso, per esempio, si sviluppano i Codici Etici aziendali.

In una prospettiva simile si inseriscono quelle iniziative autonormative che promanano dalla necessità di adottare standard convenzionalmente accettati nella tutela di certi settori. In questo senso, l'armonizzazione dello standard è un obiettivo a cui l'organizzazione mira per conseguire una maggiore credibilità e affidabilità agli occhi dei soggetti che entrano in contatto con la stessa. Su questa scia si sono affermate le norme tecniche di armonizzazione elaborate dall'ISO (*International Organization for Standardisation*)<sup>131</sup> che si sono – di fatto – imposte come modello a cui tendere per ciascun settore standardizzato. Il fenomeno della standardizzazione delle norme tecniche trova espressione anche a livello Europeo grazie all'operato del CEN (*European Committee for*

---

<sup>130</sup> Per un approccio volontaristico-spontaneo imperniato sul consenso e sulla condivisione dei valori cfr. T. TYLER, *Psychology and deterrence of corporate crime*, in J. Arlen (Ed. by), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, New York, EE, 2018, p. 11 ss.

<sup>131</sup> Molto eloquente rispetto a questo proposito la presentazione che la ISO propone della propria opera di normazione sul proprio sito internet: "ISO creates documents that provide requirements, specifications, guidelines or characteristics that can be used consistently to ensure that materials, products, processes and services are fit for their purpose. We've published 22336 International Standards, which you can buy from our members or the ISO Store. Bringing real and measurable benefits to almost every sector imaginable, standards underpin the technology that we rely on and ensure the quality that we expect.", cfr. <https://www.iso.org/standards.html>

*Standardization*) e a livello nazionale tramite l'UNI (*Ente italiano per la normazione*)<sup>132</sup>.

Il conseguimento della certificazione che attesti la conformità ai parametri ISO è divenuto ormai un'informazione che sintetizza la fisionomia dell'impresa rispetto alle modalità di svolgimento di una determinata attività in specifici settori.

L'autonormazione spontanea può inoltre manifestarsi in quei casi in cui le pressioni che mirano a indurre l'adozione di *standard* normativi siano indotte dalla necessità di soddisfare le richieste provenienti da categorie più o meno ampie di *stakeholders*: lavoratori, consumatori, comunità locali, gruppi di attivisti, organizzazioni non-profit. In questo senso, l'organizzazione complessa mette in pratica un comportamento reattivo (*responsive*) a valori sociali più estesi rispetto a quelli esplicitamente evocati dalla legge<sup>133</sup>. Come sopra illustrato, il mancato assolvimento di queste esigenze si traduce – nell'immediato – in un danno reputazionale che pregiudica l'immagine dell'entità che trascuri questo compito avvertito come “moralmente” doveroso

---

<sup>132</sup> Anche in questo caso, pare utile fare riferimento al sito internet dell'ente UNI che alla voce “Perché usare le norme” Per le imprese l'uso delle norme permette di: ridurre i costi, aumentare la qualità, la sicurezza e minimizzare l'impatto sull'ambiente, avere rapporti più chiari con fornitori e clienti. E in particolare per le microimprese e le PMI di: aumentare le conoscenze tecniche e fare innovazione, ampliare il proprio mercato, rispettare più facilmente gli obblighi di legge. Anche le esigenze dei consumatori trovano risposta nelle norme tecniche, in particolare per prodotti e servizi: di maggiore qualità e affidabilità, sicuri, sani e rispettosi dell'ambiente, usabili da parte di fasce sempre più ampie della popolazione, con costi di acquisto e d'uso più bassi. Infine, qualsiasi politica pubblica trova nella normazione un naturale alleato, in quanto le norme sono un concentrato di conoscenza ed esperienza che esprime il livello più avanzato di interesse generale relativamente a un prodotto, un processo o un servizio: un vero supporto tecnico-normativo per migliorare e semplificare l'attività regolamentativa.”

<sup>133</sup> N. GUNNINGHAM-J. REES, *Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective*, Law & Policy, Ottobre 1997, p. 364.



da parte degli *stakeholders*, e – nel lungo periodo – in una sanzione proveniente dal mercato, dal momento che gli operatori economici esprimeranno le loro preferenze anche sulla base del comportamento tenuto dall'entità in questione<sup>134</sup>.

Da ultimo, uno dei più forti incentivi che milita a favore dell'adozione di *self-regulative programs* non obbligatori coincide con delle ragioni, per così dire, strategiche; e cioè con il tentativo di preservare l'ambito di attività dell'organizzazione dalla regolamentazione statale. Esibendo comportamenti da “bravo cittadino”, l'organizzazione complessa dimostra che il comparto di esperienza e di mezzi a sua disposizione sono sufficienti (e più performanti rispetto a quelli statali) per tenere sotto controllo i rischi correlati alla propria attività. Di conseguenza, lo Stato non sentirà la necessità di intervenire per regolamentare dall'alto il settore.

Può collocarsi in questa dimensione anche l'autoregolamentazione che pur essendo parzialmente ‘coperta’ da una previsione statale, ne travalica i confini spingendosi oltre il grado di *compliance* previsto dallo Stato<sup>135</sup>.

La prassi della *pure self-regulation* offre numerosi esempi, che vengono sovente richiamati come virtuosa espressione del paradigma da parte degli studiosi che si sono occupati del tema. I contesti più spesso richiamati sono: la

---

<sup>134</sup> C. ALEXANDER, *On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence*, in *The Journal of Law & Economics*, 1999, Vol. 42, No. 51, pp. 489-526; C. ALEXANDER-J. ARLEN, *Does conviction matter? The reputational and collateral effects of corporate crime*, in J. Arlen (Ed. by), *Research Handbook of Corporate Crime and financial misleading*, 2018, EE, New York.

<sup>135</sup> N. GUNNINGHAM-R. A. KAGAN-D. THORNTON, *Social license and environmental protection: why businesses go beyond compliance*, in *Law & Social Inquiry*, 2004, vol. 29, p. 307-341; N. GUNNINGHAM-R. A. KAGAN-D. THORNTON, *Sources of corporate Environmental Performance*, in *California Management Review*, 2003, vol. 46, n. 1, p. 127 ss.; J. C. BORCK-C. COGLIANESE, *Beyond compliance: explaining business participation in voluntary environmental programs*, in C. Parker and V.L. Nielsen (Ed. by), *Explaining Compliance*, EE, 2011.

*Motion Picture Association of America's movie rating system*, la *Forest Stewardship Council's Sustainable Forest Initiative*, la *American Petroleum Industry's Strategies for Today's Environmental Partnerships* (STEP), la *Responsible Care initiative* e l' *Institute of Nuclear Power Operations* (INPO).

È interessante notare come spesso queste iniziative facciano seguito al verificarsi di gravi incidenti nel settore operativo. Nel caso della *Responsible Care initiative* si trattò del disastro di Bophal, in cui persero la vita 2.259 persone e ne furono avvelenate diverse altre migliaia a seguito della fuoriuscita di gas tossici da uno stabilimento della *Union Carbide India Limited* (società controllata da una multinazionale statunitense specializzata nella produzione di fitofarmaci). Benché la *Canadian Chemical Producer Association* avesse elaborato già nella seconda metà degli anni '70 dei principi gestionali per mitigare i rischi ambientali connessi alla produzione di sostanze chimiche, il *Responsible Care* non prese effettivamente l'abbrivio fino al 1984, anno in cui si verificò il disastro. Tale evento ha posto le industrie chimiche di fronte alla necessità di mandare un messaggio al pubblico per dimostrare di non essere indifferenti alle preoccupazioni rispetto all'impatto del proprio operato sull'ambiente e sulle popolazioni<sup>136</sup>.

Nel 1988, finalmente, venne istituito il *Chemical Manufacturers Association* (CMA) e il *Responsible Care* fu adottato volontariamente da tutte le più importanti industrie chimiche statunitensi e, a stretto giro, fecero l'ingresso nel programma anche diverse imprese britanniche e australiane. I contenuti del programma sono stati elaborati in termini generici, facendo

---

<sup>136</sup> J. NASH-J. EHRENFELD, *Codes of Environmental Management Practice: Assessing their Potential as a Tool of Change*, in *Annual Review of Energy and the Environment*, 1997, 22, p. 487-535.

riferimento ai principi ispiratori e ai valori comuni che uniscono l'imprenditoria del settore, ma non individuano norme prescrittive o soglie quantitative da far assurgere a standard ambientale<sup>137</sup>. Ciascuna impresa autodetermina i propri obiettivi di performance e le modalità attraverso cui questi vengono raggiunti.

---

<sup>137</sup> Questi, attualmente, sono i *guiding principles* stabiliti dalla *Responsible Care Initiative*: "Chemistry is essential to the products and services that help make our lives safer, healthier and better. Through the Responsible Care initiative and the Responsible Care Global Charter our industry has made a worldwide commitment to improve our environmental, health, safety and security performance. Accordingly, we believe and subscribe to the following principles:

- To lead our companies in ethical ways that increasingly benefit society, the economy and the environment.
- To design and develop products that can be manufactured, transported, used and disposed of or recycled safely.
- To work with customers, carriers, suppliers, distributors and contractors to foster the safe and secure use, transport and disposal of chemicals and provide hazard and risk information that can be accessed and applied in their operations and products.
- To design and operate our facilities in a safe, secure and environmentally sound manner. o To instill a culture throughout all levels of our organizations to continually identify, reduce and manage process safety risks.
- To promote pollution prevention, minimization of waste and conservation of energy and other critical resources at every stage of the life cycle of our products.
- To cooperate with governments at all levels and organizations in the development of effective and efficient safety, health, environmental and security laws, regulations and standards.
- To support education and research on the health, safety, environmental effects and security of our products and processes.
- To communicate product, service and process risks to our stakeholders and listen to and consider their perspectives.
- To make continual progress towards our goal of no accidents, injuries or harm to human health and the environment from our products and operations and openly report our health, safety, environmental and security performance.
- To seek continual improvement in our integrated Responsible Care Management System® to address environmental, health, safety and security performance. o To promote Responsible Care® by encouraging and assisting others to adhere to these Guiding Principles."

Negli anni successivi all'introduzione del *Responsible Care*, il *Chemical Manufacturers Association* ha mantenuto un atteggiamento neutro rispetto all'*enforcement* degli standard sanciti, mentre negli ultimi anni il contrasto delle condotte non conformi si è nettamente intensificato. In un primo momento sono stati imposti obblighi di trasparenza, sia interni sia verso il pubblico, e si sono aggravate le conseguenze nei confronti delle imprese che non rispettavano gli standard fino a giungere all'espulsione dal programma. Da ultimo si è aggiunto il requisito della certificazione da parte di un ente indipendente ed è stato istituito un sistema di reporting interno.

Sebbene le statistiche abbiano mostrato dei risultati incoraggianti<sup>138</sup>, le valutazioni emergenti dagli studi dedicati all'effettività dell'iniziativa rivelano risultati contrastanti. Alcuni autori hanno fatto notare come l'impegno al rispetto del programma viene preso più o meno sul serio a seconda dell'impresa<sup>139</sup>, un altro studio riporta dati statistici che dimostrerebbero che le riduzioni di emissioni conseguite dalle aziende che fanno parte dell'iniziativa sarebbero avvenute più lentamente rispetto alle aziende estranee all'iniziativa<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Le aziende che partecipano all'iniziativa dimostrerebbero: un tasso di sicurezza per i lavoratori 5 volte superiore alla media del settore industriale americano e 3 volte superiore rispetto al settore chimico; la riduzione degli incidenti del 60% dal 1995; hanno ridotto l'incidenza degli infortuni e delle malattie causati dal loro operato dell'81% rispetto al 1990; hanno in media un rapporto di 1 infortunio ogni 100 lavoratori, che è inferiore a quello di settori apparentemente meno a rischio come quello agricolo, quello dell'industria alimentare; hanno ridotto del 75% le emissioni pericolose nell'aria tra il 1988 e il 2015; hanno investito circa 17 miliardi di dollari per la sicurezza degli impianti dopo il 2001; hanno migliorato l'efficienza energetica del 19%. Questi i dati riferiti dal CMA sul sito internet ufficiale: <https://responsiblecare.americanchemistry.com/>

<sup>139</sup> J. HOWARD-J. NASH-J. EHRENFELD, *Industry Codes as Agents of Change: Responsible Care Adoption by US Chemical Companies*, in *Business Strategy and the Environment*, 8, 1999, p. 281-95.

<sup>140</sup> Anche se è bene precisare che, tendenzialmente, le aziende che fanno parte del CMA avevano emissioni molto più significative prima della loro entrata, in questo senso A. KING-M. LENOX, *Industry Self-Regulation Without Sanctions: The Chemical Industry's Responsible Care Program*, in *Academy of Management Journal*, 2000, 43, p. 698-716.

Sebbene questa iniziativa abbia il merito di aver portato un buon livello di consapevolezza nella categoria e nonostante sia responsabile dell'innescare di un circolo virtuoso nella gestione degli agenti chimici, non si può dire che il suo impatto sulla problematica si sia rivelato dirompente o rivoluzionario.

Alle stesse conclusioni si giunge se si considera il *case-study* tratto dal caso dell'*Institute of Nuclear Power Operation* (INPO). Anche in questo caso lo stimolo all'autonormazione proviene dalla concretizzazione di un disastro, questa volta nel settore dell'industria nucleare. Sebbene l'incidente abbia determinato conseguenze molto più contenute rispetto a quelle sopra descritte, è bastato comunque a mettere in luce il potenziale pericoloso di quella risorsa. Infatti, all'indomani dell'incidente di *Three Mile Island*, 1979, gruppi di attivisti e studiosi sollevarono pressanti proteste che ebbero forte eco anche presso l'opinione pubblica.

Così, d'improvviso, il settore dell'industria nucleare cominciò a preoccuparsi della tematica e creò un ente privato (l'INPO) con funzioni regolative. Questo comportò in primo luogo l'aggregazione delle imprese – tradizionalmente frammentate e isolate reciprocamente le une dalle altre – attorno al problema comune della gestione del rischio nucleare<sup>141</sup>.

Anche in questo caso non vengono imposte regole specifiche e dettagliate, si opta piuttosto per la proposta di un sistema di standard generali che ciascuna impresa accetta di raggiungere avendo libertà di organizzazione dei propri mezzi. Accanto a questi obiettivi generali vengono segnalate delle buone

---

<sup>141</sup> È interessante notare come, preliminare alla fase puramente normativa si verifichi quella aggregativa da cui trae origine il gruppo al quale la fonte autonormativa si deve necessariamente riferire. Ciò nel preciso rispetto dei passaggi del processo di istituzionalizzazione teorizzati da Santi Romano: *società-ordine sociale-organizzazione*.

pratiche non obbligatorie che servono da supporto alle aziende per il perseguimento degli standard convenzionali.

Dal punto di vista dell'*enforcement*, l'INPO ha previsto una verifica periodica sugli impianti, svolta da un *team* di esperti solitamente composto da circa venti persone per un periodo di circa due settimane, all'esito della quale viene redatto un *report* corredato da raccomandazioni per il miglioramento dell'organizzazione dell'impianto. Anche in questo caso, inoltre, è stato introdotto un sistema di *ranking* che misura il grado di adempimento di ciascuna impresa, che dovrebbe innescare una virtuosa competizione verso il risultato migliore. (c.d. *peer pressure*)<sup>142</sup>. I dati raccolti dalla INPO non sono oggetto di *disclosure* al pubblico se non in forma anonima, anche se l'incremento della trasparenza di tali controlli potrebbe determinare una crescita di quella virtuosa competizione tra aziende.

Il caso dell'INPO viene generalmente citato come un virtuoso esempio di *pure Self-Regulation*, anche se, molti commentatori non nascondono i dubbi riguardanti l'impermeabilità di certe imprese rispetto alle sollecitazioni provenienti dalla *peer pressure*, dalla diffusione della cultura della legalità determinata dall'aggregazione al gruppo, dal danno reputazionale e così via.

In effetti, l'esperienza dell'autonormazione nel settore del nucleare, dopo cinque anni in cui l'autonormazione spontanea aveva prodotto livelli di *compliance* assolutamente disomogenei, culmina con la trasformazione dell'INPO in un ente di diritto pubblico: la *Nuclear Regulatory Commission*<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, cit. , p. 11/24.

<sup>143</sup> Cfr. N. GUNNINGHAM, *Strategizing compliance and enforcement: responsive regulation and beyond*, in C. Parker-V.L. Nielsen, *Explaining Regulatory Compliance. Business responses to Regulation*, 2011, Edward Elgar.

Il quadro sin qui delineato dimostra che i risultati prodotti dalla *voluntary Self-Regulation* sono fortemente disomogenei e dipendono in larga parte dai soggetti che partecipano al procedimento autonormativo.

Uno degli snodi cruciali per la riuscita di questo modello risiede nella disponibilità delle organizzazioni coinvolte a cooperare per il conseguimento degli scopi comuni individuati dal sotto-sistema di appartenenza. In questo senso, la *voluntary Self-Regulation* costituisce un chiaro esempio di regolamentazione che – rispetto al dilemma *To punish or Persuade?* – risulta polarizzata verso l'estremo della persuasione, piuttosto che verso la deterrenza mediante minaccia di sanzione.

Nella autoregolamentazione pura trovano espressione le teorie del c.d. “*advise and persuade*”, talvolta indicata anche come *compliance strategy*. Questo approccio enfatizza la componente cooperativa piuttosto che quella conflittuale, la conciliazione invece della coercizione. In buona sostanza, la *compliance strategy* costituisce un tentativo di conseguire i fini ultimi della legislazione mediante la prevenzione del danno invece che punendo un male già compiuto. In questo tipo di concezione, il ricorso alla legislazione statale costituisce una opzione molto rara, poiché si ritiene che – mettendo a parte il soggetto coinvolto delle finalità che si intendono raggiungere – lo Stato possa contare sulla *partnership* di quegli individui che, spontaneamente, collaboreranno.

In questo scenario, il successo della *compliance strategy*, dipenderà quindi dal modo di operare dei soggetti chiamati a cooperare. Per esempio, la deriva verso situazioni di lassismo e di trascuratezza dei soggetti che hanno la facoltà di avvalersi della *Self-Regulation* instilleranno anche nei soggetti

naturalmente propensi all'adempimento un senso di sconforto e di livellamento verso il basso<sup>144</sup>.

Inoltre, occorre considerare che il processo autonormativo comporta sempre l'investimento di risorse che vengono sottratte ad altre attività, pertanto qualora l'ambiente riveli una generale non-*compliance*, anche i soggetti ben predisposti potrebbero risultare scoraggiati a intraprendere il percorso autonormativo, poiché sosterebbero costi senza essere adeguatamente ricompensati o apprezzabilmente distinti rispetto a chi non tiene per nulla in cale quell'opzione<sup>145</sup>.

Risulta dunque fin troppo chiaro che, in quest'ottica, il *rationale* che orienta l'azione statale risulta essere quello della *extrema ratio* o, per usare un'espressione anglosassone, l'uso della legislazione statale viene presa in considerazione solo come *last resort*<sup>146</sup>.

Va tuttavia tenuto in considerazione che, mentre la posizione del cittadino – persona fisica o giuridica che sia – risulta privilegiata in virtù del fatto che quest'ultimo gode di uno spazio di libertà più ampio, per converso la *compliance strategy* implica oneri maggiori per l'ente, che è chiamato a

---

<sup>144</sup> Ancora una volta, dunque, il punto fondamentale risiede nel fatto che la strategia basata sulla *compliance* spontanea produce effetti diversi a seconda del soggetto regolamentato. Se è vero che può rivelarsi la strategia più appropriata per le aziende leader del mercato, che già in partenza hanno il proposito di apprestare un buon livello di performance in termini di conformità alla legge, mentre diventa assolutamente inadeguata nel caso in cui gli attori mostrino comportamenti più recalcitranti e riluttanti. Per questo motivo, è importante pre-determinare il tipo di interlocutore a cui si riferisce la disciplina, per predirne gli esiti sul piano strategico.

<sup>145</sup> In questi termini si esprimono S. SHAPIRO-R. RABINOWITZ, *Punishment versus Cooperation in Regulatory Enforcement: A Case Study of OSHA*, in *Administrative Law Review*, 1997, 14, p. 713-62.

<sup>146</sup> Cfr. K. HAWKINS, *Environment and Enforcement*, 1984, New York, Oxford University Press, p. 4, come citato da N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, cit. p. 3/27.



partecipare attivamente alla realizzazione dei fini statali. In particolare, mentre nel contesto delle legislazioni fondate sulla deterrenza mediante minaccia di sanzione il rapporto Stato-individuo risulta incentrato su obblighi di astensione (espressione, in ultima istanza, del macro-principio del *naeminem laedere*) alla violazione dei quali corrisponde la concretizzazione della minaccia, la *compliance strategy* è espressione di un modello in cui il cittadino è fondamentalmente libero dalle intrusioni dello Stato nella propria sfera di azione privata, ma è costantemente chiamato ad assolvere obblighi di fare (*rectius* oneri di fare). È evidente che, in questo scenario, la tenuta del sistema sia da ricondurre interamente alla solidarietà sociale dei cittadini e al loro diligente adempimento di quegli oneri di collaborazione. La *compliance strategy* postula quindi un diritto più mite e recessivo da una parte, ma anche estremamente esigente da un'altra.

Come constatato, la realizzazione effettiva di modelli di *Voluntary Self-Regulation* puri è una circostanza che si verifica di rado, e – quand'anche questa venga ad esistere – il suo mantenimento risulta esposto a un equilibrio precario, poiché le distorsioni e la non sufficiente efficacia del modello suggerisce di virare verso approcci di tipo legislativo in senso stretto.

Uno dei problemi più gravi che affligge questo tipo di regolamentazione riguarda la disomogeneità dei risultati conseguibili presso i diversi individui.

## **2.2. L'autonormazione prevista dallo Stato**

Il secondo modello di *Self-Regulation* che sarà analizzato nelle prossime pagine è sicuramente quello che conosce il più largo impiego e la declinazione in molteplici sfaccettature puntualmente categorizzate dagli studiosi anglosassoni che si sono occupati del tema della *Regulation*.

In generale, in questa categoria possono essere ricondotte tutte quelle forme di autonormazione che si sviluppano su impulso del legislatore statale, anche se cambiano notevolmente le modalità di implementazione della normazione riflessiva nell'ambito della strategia di controllo sociale.

L'esigenza di procedere alla sollecitazione della produzione normativa periferica può derivare dall'inanità delle strategie di *compliance strategy*, nel caso in cui gli attori che operano nel settore di interesse si rivelino riluttanti (o addirittura recalcitranti) ad implementare di propria iniziativa programmi di *voluntary Self-Regulation*, o perché l'autonormazione volontaria già intrapresa non produca risultati soddisfacenti. Il legislatore deve quindi spostare il baricentro delle *policies* statali di contrasto a un determinato fenomeno allontanandolo *dall'advise & persuade* e avvicinandolo al polo della deterrenza.

Per converso, paradossalmente, la strategia può prendere forma anche all'esito della constatazione del fallimento delle strategie preventive mediante sanzione. In questo caso, tuttavia, è più comune che l'autonormazione venga imposta in aggiunta al paradigma punitivo, per ampliare il ventaglio delle strategie di risposta a fenomeni disvolti dall'ordinamento (cfr. oltre Cap. 3). L'ipotesi di sostituzione della strategia punitiva con quella autonormativa, invece, è molto più rara, anche se non è difficile indovinarne la configurabilità in contesti di depenalizzazione.

#### **2.2.1. *I diversi gradi di cogenza dell'autonormazione: le strategie dello Stato***

Quanto agli strumenti utilizzati, possono darsi casi in cui vengono predisposti degli *incentivi* per favorire l'autonormazione in specifici settori; oppure casi in cui viene prevista la *facoltà* di creare un sistema autonormativo valorizzando l'onere sostenuto attraverso la prospettazione di un esonero o di

una mitigazione della responsabilità, oppure casi in cui lo Stato impone un vero e proprio *obbligo* di autonormarsi in alcuni settori o per determinate organizzazioni complesse.

In tutti questi casi, l'obiettivo principale ricercato attraverso lo strumento autonormativo coincide con la necessità dello Stato di esternalizzare la gestione di una parte del compito legislativo in modo che altri soggetti – segnatamente quelli che dovrebbero essere i destinatari della legislazione statale – ne sostengano i costi e gli oneri connessi.

Tuttavia, lo Stato non si spoglia completamente del proprio compito regolatorio, poiché conserva nelle proprie mani alcune porzioni dello stesso che vengono esercitate secondo diversi moduli dislocati in vari momenti dell'autonormazione (*ex ante*, *ex post*, o nelle more del procedimento autonormativo). In particolare, questi poteri si sostanziano nel controllo e nella supervisione sui sistemi autonormativi prodotti dagli enti periferici. Il contenuto di tali verifiche non si riduce però alla mera verifica di assolvimento del compito delegato, ma si spinge fino al sindacato sul merito e alla correzione dei risultati prodotti.

#### **2.2.1.1. Autonormazione facoltativa**

Questa tipologia di autonormazione viene sollecitata presso gli attori periferici attraverso la creazione di un sistema di *Rewards & Incentives*. L'organizzazione complessa viene incoraggiata a dotarsi di codici di autodisciplina poiché viene prospettato il riconoscimento di benefici di varia natura. In questi casi, l'interlocutore naturale del potere statale sono le imprese nella loro dimensione individuale o nelle aggregazioni sociali che le radunano a vario titolo.

Si passa da riconoscimenti dal valore principalmente simbolico, come il conferimento di premi e onorificenze alle imprese più virtuose o la pubblicazione delle *policies* contenute nei codici più sofisticati ed efficienti che vengono elevate a *best practices* di settore. In questo modo, l'impresa consegue un importante guadagno reputazionale e può proporsi sul mercato come *benchmark* nel proprio ambito.

In altri casi il privilegio che può essere conseguito consiste nell'allentamento delle misure di *enforcement* e controllo di cui l'impresa è normalmente destinataria. Così, l'interesse all'adozione di strumenti autonormativi può tradursi in una riduzione delle ispezioni per determinati periodi o nella revisione delle metodologie di monitoraggio che vengono strutturate in maniera più lasca. Ovviamente, ciò si rende possibile perché lo strumento autonormativo è considerato di per se stesso un elemento che fornisce ampie garanzie con riferimento al rispetto degli scopi imposti dallo stato. Basti pensare alla distanza esistente tra aziende dotate di una funzione di *audit* e di *compliance* interne rispetto a quelle che ne sono prive.

In altri casi, l'adozione di un codice autonormativo può essere incentivata attraverso la concessione statale di sgravi fiscali o mediante il conferimento di finanziamenti a fondo perduto per sostenere le spese connesse alla fase di elaborazione e redazione degli stessi. Oppure il possesso di codici autonormati in specifiche materie può essere introdotto come requisito necessario per la partecipazione a bandi pubblici e gare per accaparrarsi contratti con la pubblica amministrazione.

Il ricorso a questi sistemi di incentivi viene di solito impiegato quando l'adesione al modello autonormativo non risulti di stretta necessità per lo Stato, l'uso di questa strategia pare consigliabile soprattutto in quelle situazioni in cui si intende innalzare i livelli di tutela di un certo ambito e si voglia far leva sul

mercato per rintracciare le soluzioni preferibili. In questo caso, il privilegio viene riconosciuto a condizione che vi sia stato un esito positivo rispetto alla verifica di sussistenza dei requisiti previsti. Ovviamente, essendo il sistema incentrato su logiche premiali, saranno necessari controlli che vadano oltre la mera verifica dell'esistenza di un modello normativo riflessivo, in questo modo la normazione periferica diviene una fonte di apprendimento e approfondimento a disposizione dello Stato, che su questa base potrà calibrare i suoi eventuali futuri interventi.

In altre ipotesi, segnatamente quelle in cui emergono standard normativi di matrice privatistica non espressamente richiesti dalla legge, l'adesione a quegli standard può comportare il riconoscimento di benefici anche in concomitanza della mera presenza del codice autonormativo. In questo modo, l'interesse pubblico viene soddisfatto per via del conseguimento di livelli di protezione più elevati rispetto a quanto richiesto.

#### **2.2.1.2. Autonormazione incentivata**

Questa strategia si configura come un'articolazione di quella precedente, con la differenza che le conseguenze connesse alla adozione del modello autonormativo ricadono solitamente nella sfera della responsabilità dell'ente. In questo caso, l'adozione di fonti autonormate, pur non gravando sull'impresa come dovere in senso stretto, costituisce un vero e proprio onere.

La *Corporate Criminal Liability* costituisce infatti la leva più vantaggiosa per indurre le imprese ad autonormarsi. L'onere normativo e organizzativo correttamente assolto può essere fatto valere per scindere la sfera della persona giuridica da quella della persona fisica, al fine di escludere o comunque mitigare le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla commissione del reato. La scelta di configurare una responsabilità in capo alla società per il fatto di reato commesso

da uno dei soggetti inseriti nella sua sfera di azione, comporta già di per se stessa l'insorgenza di una nuova necessità nell'ambito dell'operato dell'impresa. Conseguentemente, l'esigenza di dotarsi di cautele preventive nascerebbe proprio dalla volontà di prevenire la concretizzazione del rischio reato.

Tuttavia, è l'introduzione di meccanismi che configurano l'onere autonormativo come elemento che esclude o che attenua la responsabilità dell'ente che aumenta esponenzialmente l'*appeal* e la convenienza di dotarsi di cautele preventive effettive. In questi casi, la verifica sul merito delle fonti autonormate viene generalmente condotta *ex post* e in sede giudiziale, assumendo i tratti della verifica di idoneità e adeguatezza sul programma preventivo tanto dal punto di vista prescrittivo quanto dal punto di vista attuativo.

#### **2.2.1.3. Autonormazione obbligatoria**

Come ultima ipotesi, nonché quella dotata del più alto grado di cogenza, si configura l'autonormazione imposta dallo Stato. Le imprese vengono gravate di un vero e proprio obbligo di adottare lo strumento autonormativo e la violazione di questo obbligo comporta l'infrazione di una sanzione. L'approssimazione verso il nucleo punitivo basato sulla deterrenza è qui più evidente: la violazione dell'obbligo di autonormarsi viene infatti sanzionata a prescindere dalla commissione di un illecito penale.

L'organizzazione destinataria dell'obbligo di autonormazione non conserva quindi alcuna discrezionalità in merito all'*an* dell'autonormazione, tuttavia può avere ampia libertà nella decisione relativa alle modalità di formulazione della fonte autonormata. Pertanto, appare evidente la netta preferibilità di questo paradigma rispetto a quello di *Command & Control* a motivo dell'intrinseca previsione da parte dell'autonormazione obbligatoria di

ampi spazi di discrezionalità nel *quomodo* che permettono all'ente destinatario dell'obbligo di calibrare le proprie regole autoimposte nel modo a essi più conveniente.

In tutti i casi in cui l'autonormazione viene imposta come obbligatoria, la vigilanza da parte dello stato deve comprendere, quantomeno, il controllo circa l'esistenza della produzione normativa riflessiva. Tuttavia, per evitare l'aggiramento sostanziale dell'obbligo, si rende necessario anche un controllo sul contenuto che appuri che l'obbligo non sia stato adempiuto attraverso la predisposizione di testi puramente cosmetici.

#### *2.2.2. Le diverse nomenclature e sfumature valorizzate dalla dottrina anglosassone*

Come chiarito in apertura, l'autonormazione prevista come obbligatoria dallo Stato è quella che conosce la più vasta applicazione pratica e che maggiormente è stata valorizzata in dottrina, proprio perché costituisce il modello mediano che lascia ai soggetti un margine di discrezionalità che consente sia agli enti centrali regolatori, sia agli enti destinatari della regolamentazione di trarre reciproco beneficio dalla ripartizione dei compiti normativi. In particolare, risulta devoluto all'ente periferico il compito prescrittivo. La sua ampia diffusione ha fatto sì che fiorissero una molteplicità di versioni di questo tipo di normazione riflessiva, che tuttavia trovano il loro minimo comune denominatore nell'imposizione dell'obbligo statale di autonormarsi su cui grava la verifica dello Stato<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> Una valida opera di riepilogazione delle diverse etichette usate per riferirsi al fenomeno e per l'efficace *reconductio ad unum* sotto la categoria della '*process-oriented regulation*' cfr. S. GILAD, *It runs in the family: Meta-regulation and its siblings*, in *Regulation and Governance*, 2010, 4, p. 485-506.

La locuzione “*Enforced Self-Regulation*” può essere riferita, in via di prima approssimazione, al concetto di autonormazione obbligatoria. In particolare, il procedimento autonormativo è reso doveroso adottando diverse tecniche da parte dello Stato: con previsioni codicistiche; mediante la supervisione e il controllo di un’agenzia centrale; attraverso sistemi in cui le regole private sono abbozzate (*ex ante*) o approvate (*ex post*) dai ministeri; o tramite regole private rese esecutive mediante l’impiego di *public enforcement*; oppure tramite meccanismi di partecipazione alla redazione delle norme e di *accountability* delle fonti private.

Un’altra variabile da tenere in considerazione, consiste nell’estensione del ruolo accordato alla *Self-Regulation*. Da questo punto di vista, il riconoscimento di un ruolo pieno al paradigma, comporta che la promulgazione delle regole, la vigilanza e l’*enforcement*, e il monitoraggio sull’intero processo siano integralmente gestiti dall’entità autonormativa. Ma il paradigma può presentarsi anche in forme mitigate, in cui all’ente non statale è riservata solo una di queste funzioni, oppure può succedere che l’autonormazione sia inserita nell’*iter* del procedimento legislativo come uno degli step necessari per la predisposizione della norma.

Anche se si è ritenuto opportuno ricondurre *ad unum* la categoria dell’autonormazione prevista dallo stato, conviene tuttavia dare conto – seppur brevemente – delle diverse sfumature esistenti e delle diverse espressioni coniate dalla dottrina per riferirsi al fenomeno.

#### **2.2.2.1. La proposta dell’Enforced Self-Regulation (Braithwaite)**

John Braithwaite, uno dei più eminenti pionieri della *Self-Regulation*, introduce nel dibattito dottrinale la proposta di fronteggiare il *corporate crime* attraverso la sperimentazione del modello autonormativo che lui definisce



*Enforced Self-Regulation*<sup>148</sup>. Il valore aggiunto della proposta di Braithwaite deriva dal fatto che questa è frutto di un approfondimento condotto tanto sul piano criminologico<sup>149</sup> – mediante l’analisi dei dati empirici qualitativi e quantitativi personalmente raccolti – quanto sul piano teorico-giuridico elaborando un’architettura sistemica in grado di sovvertire le categorie e le strategie della *Regulation*.

La riflessione di Braithwaite affonda le sue radici in considerazioni saldamente ancorate al realismo giuridico legato al fallimento della legislazione statale nel controllo delle *corporation*. L’attrattiva della *Self-Regulation* come paradigma alternativo rispetto alla regolamentazione statale diretta risiede precisamente nel fatto che lo Stato, da solo, non può permettersi di raggiungere standard di *performance* legislativa ottimali.

La proposta di Braithwaite contempla un tipo di autonormazione in cui le regole disegnate dall’impresa vengono sottoposte al vaglio di un’agenzia centrale che può ratificare o emendare le regole proposte dall’impresa, eventualmente coinvolgendo anche gli *stakeholder* in veste consultiva<sup>150</sup>. L’*enforcement* delle regole è tendenzialmente devoluto all’impresa, salvi i casi di imprese particolarmente piccole che non possono permettersi di istituire una

---

<sup>148</sup> J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, 1982, vol. 80, n. 7, *Articles on Corporate and Organizational Crime*, p. 1466-1507; I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Capitolo 4, Oxford Socio-Legal Studies, Oxford University Press, 1992; J. BRAITHWAITE, *Regulation, Crime, Freedom. Collected essays in Law – Part II*, Ashgate, Dartmouth, 2000;

<sup>149</sup> J. BRAITHWAITE, *Corporate Crime in the pharmaceutical industry*, London, Routledge & Kegan Paul plc, 1984; J. BRAITHWAITE -P. GRABOSKY, *Occupational Health and Safety Enforcement in Australia*, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1985; J. BRAITHWAITE, *To Punish Or Persuade. Enforcement Of Coal Mine Safety*, Albany, State University of New York Press, 1985.

<sup>150</sup> IBIDEM, p. 1470-1473.

funzione di *compliance ad hoc*<sup>151</sup>. Gli standard che lo Stato intende perseguire attraverso la *Self-Regulation* devono essere stabiliti a livello centrale e possono essere modulate secondo diversi canoni: *minimum standard*, stato dell'arte, *best practice*, e così via.

Braithwaite illustra il paradigma proposto tanto nelle sue potenzialità, quanto nelle sue debolezze. Tra i punti di forza, Braithwaite enuclea i seguenti profili: le regole sarebbero elaborate su misura sulla società in modo da incontrare le sue esigenze<sup>152</sup>; la maggiore predisposizione delle regole ad adeguarsi ai cambiamenti della realtà economica e tecnologica<sup>153</sup>, sarebbe favorita l'innovazione regolatoria<sup>154</sup>; la più ampia copertura rispetto ai rischi e agli abusi che si annidano nell'impresa<sup>155</sup>, il maggior impegno che è possibile attendersi dalla società rispetto alle regole che l'entità stessa ha elaborato<sup>156</sup>; la riduzione della confusione derivante dalla sovrapposizione delle regole

---

<sup>151</sup> Sulle differenti esigenze e sulle correlative diverse modulazioni del paradigma nelle piccole imprese cfr. R. FAIRMAN-C. YAPP, *Enforced Self-Regulation, Prescription, and Conceptions of Compliance within Small Businesses: The impact of Enforcement*, in *Law & Policy*, 2005, vol. 27, n. 4, p. 491 ss.

<sup>152</sup> J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation*, cit., p. 1474-1475: « In short, under enforced self-regulation, rules could be both simpler and have greater specificity of meaning. The dangers of complexity and blandness are easily avoided when rules relate to a finite and known set of circumstances rather than to an infinite and unknowable range of business activities »

<sup>153</sup> IBIDEM, 1475-1476: «Universalistic laws cannot, or at least should not, be rushed through lest they are later found to create more problems than they solve through having failed to consider some critical circumstance among the infinite array of possible conditions to which they might be applied. Because particularistic rules have less profound ramifications than universalistic rules, they can be tinkered with more frequently ».

<sup>154</sup> IBIDEM, p. 1476-1477.

<sup>155</sup> IBIDEM, p. 1477-1478: «While large companies manage to write rules regulating a substantial proportion of the most serious harms or wrongs that could occur in their business, governments simply do not»

<sup>156</sup> IBIDEM, p. 1478-1479.

aziendali con quelle statali<sup>157</sup>, l'allocazione presso l'impresa dei costi collegati alla regolamentazione<sup>158</sup>; i vantaggi derivanti dai migliori risultati di detezione dei reati derivanti dalle potenzialità del controllo interno e, conseguentemente, i più alti tassi di successo del sistema disciplinare interno rispetto alla giustizia ordinaria<sup>159</sup>. Secondo Braithwaite, poi, l'*Enforced Self-Regulation* comporterebbe anche un miglioramento delle performance della giustizia ordinaria poiché i *government prosecutors* riuscirebbero a ottenere più facilmente una condanna per i reati d'impresa<sup>160</sup>; inoltre, la dimensione privata delle indagini interne incontrerebbe minori resistenze da parte degli individui coinvolti, rispetto a quelle che si verificano nel corso di un'indagine pubblica<sup>161</sup>.

Per converso, Braithwaite non manca di rilevare anche le esternalità negative esibite dalla *Enforced Self-Regulation* ed evidenzia alcune debolezze del paradigma che possono essere così riassunte: nel caso in cui sia prevista un'agenzia centrale di approvazione delle fonti private, i costi connessi allo studio e alla certificazione dei risultati sarebbero comunque sopportati dalle

---

<sup>157</sup> IBIDEM, p. 1479-1480.

<sup>158</sup> IBIDEM, p. 1480.

<sup>159</sup> IBIDEM, p. 1480.

<sup>160</sup> Questo avverrebbe per un triplice ordine di ragioni, IBIDEM, P. 1481-1482: « (i) Because bland and meaningless rules (e.g. that accounts be 'true and fair') would be replaced by precise and particularistic rules, acquittals would be more difficult to secure by appeal to the vagaries of the wording. (ii) Universalistic rulemaking tends to complexity because the rules must evolve to deal with the infinity of circumstances encountered throughout the entire economy. The more complex the law becomes, the more will powerful organizations exploit that complexity by finding loopholes, protracting proceedings and otherwise evading the spirit of the law. Under simple particularistic rules, this capacity of company lawyers to exploit complexity would be diminished. (iii) In cases where the recommendations of the internal compliance group were defied this fact would be communicated to the regulatory agency. Their reports would then be powerful ammunition for the prosecutor to put before the court. The contents of the compliance group report would also direct the prosecutor to the most valuable insiders to subpoena. »

<sup>161</sup> IBIDEM, p. 1482-1483.

cashe pubbliche<sup>162</sup>; non tutte le aree della legislazione sono effettivamente derogabili ad accordi privati, poiché per certi settori è indispensabile il dibattito democratico nelle sedi istituzionali<sup>163</sup>; le aziende sarebbero chiamate a sopportare i costi della burocratizzazione e dei ritardi derivanti dall'introduzione di nuove norme interne<sup>164</sup>. Altre fragilità del sistema deriverebbero, invece, dall'incontro della *Self-Regulation* con la cultura giuridica occidentale, perché tradizionalmente ostile ad accordare alle fonti private un rango pari a quello delle fonti pubbliche, e per via del timore che le fonti private possano indebolire la *moral force* della legge, che dovrebbe riconoscersi solo alle fonti pubbliche<sup>165</sup>.

Braithwaite identifica, inoltre, dei difetti del paradigma che fanno emergere le potenziali distorsioni ad esso intrinseche. In primo luogo, esiste il rischio che l'autonormazione incentivi le tendenze del c.d. *industrial absolutism* già additato (sessant'anni prima) dal Giudice Louis Brandeis come corollario dell'accrescimento delle dimensioni e del potere delle imprese<sup>166</sup>. Braithwaite avverte, inoltre, della possibilità che l'impresa elabori regole elusive dello spirito della legge, della difficoltà di fornire un grado di coercibilità pari a quello delle norme statali e della mancanza di garanzie certe in merito all'indipendenza dei controlli interni<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> IBIDEM, p. 1490-1492.

<sup>163</sup> IBIDEM, p. 1492.

<sup>164</sup> IBIDEM, p. 1493.

<sup>165</sup> IBIDEM, p. 1493-1495

<sup>166</sup> IBIDEM, p. 1495: « Giving the corporation power over lawmaking, it could be argued, would surely take us one large step closer to the industrial absolutism Brandeis warned us against.»

<sup>167</sup> IBIDEM, p. 1495-1500. Questi tre limiti della *Self-Regulation* vengono identificati rispettivamente nei seguenti termini: "Companies Would Write Their Rules in Ways Which

Tutte le debolezze mostrate dal paradigma autonormativo sarebbero tuttavia compensabili nella misura in cui all'attività di regolamentazione privata si affianca quella di supervisione e certificazione di matrice pubblicistica, che sarebbe in grado di contenere le potenziali derive cui il paradigma risulta esposto.

### 2.2.2.2. Meta Regulation

Secondo una nomenclatura dominante nella dottrina anglosassone, una variante dell'autonormazione obbligatoria può essere individuata anche con l'espressione *Meta-Regulation*<sup>168</sup>. La *Meta-Regulation* viene spesso identificata come la regolamentazione della *Self-Regulation*<sup>169</sup>

In questo caso, il punto cruciale messo al centro dell'analisi (come evidente già dalla scelta lessicale) consiste nell'alleviamento della funzione di *enforcement* che residua in capo allo Stato, configurato alla stregua di un controllo di secondo livello. Questa strategia viene infatti individuata anche

---

Would Assist Them To Evade the Spirit of the Law"; "Companies Cannot Command Compliance as Effectively as Government"; "The Independence of the Compliance Group Could Never Be Fully Guaranteed".

<sup>168</sup> Sulla *Meta-Regulation* cfr. C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in *The Oxford Handbook of Regulation*, Ed. by R. Baldwin-M.Cave-M. Lodge, Oxford Handbooks Online, 2010; P. GRABOSKY, 'Meta-regulation', in, *Regulatory Theory: Foundations And Applications*, Peter Drahos (ed.), ANU ePress, Canberra, Australia, 2017, pp. 149-161; N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, in *The Oxford Handbook of Regulation*, Ed. by R. Baldwin-M.Cave-M. Lodge, Oxford Handbooks Online, 2010; C. PARKER, *The open corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, cit., Ch. 9; J. BRAITHWAITE, *Meta Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity*, in *Law & Policy*, 2003, n. 1, vol. 25, p. 1 ss.; C. COGLIANESE-D. LAZER, *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to achieve Public Goals*, in *Law and Society Review*, 2003, vol. 37, p.691-730.

<sup>169</sup> Così C. PARKER, *The Open corporation*, p. 245 ss.

come *meta-risk managment* poiché le agenzie centrali di *enforcement* hanno il compito di controllare la genuinità del governo del rischio come organizzato a livello decentrato dalle singole imprese<sup>170</sup>.

L'approccio che la *Meta-Regulation* tende a stimolare è proprio quello relativo all'analisi del rischio (attraverso i passaggi di mappatura, misurazione) e alla sua mitigazione (adozione di cautele volte a controllare e a ridurre il rischio). In questo modo si ottiene da subito un effetto di consapevolezza della realtà interna all'impresa, a fronte della quale viene messo a punto di un sistema di controllo interno. A partire dai controlli interni, potranno poi essere condotte le verifiche anche da parte del sistema centrale. D'altra parte, il controllo esercitato dallo Stato, non si traduce nella passiva disamina formale dei sistemi di *compliance* elaborati, ma deve tradursi in una consistente opera di verifica della loro effettività.

In questo modo, l'onere di individuare i mezzi per raggiungere gli obiettivi proposti dalla legislazione statale grava sulla *corporation*, che attraverso questo meccanismo si apre verso l'esterno consentendo allo Stato di valutare la sua performance ed eventualmente la sua responsabilità. L'istituzione di sistemi di autodisciplina sarebbe portatrice altresì di garanzie di trasparenza nei confronti degli *stakeholders* che hanno maggiore possibilità di valutare come l'impresa gestisce le sue responsabilità sociali. Inoltre l'istituzione di un sistema di autodisciplina implica nella maggior parte dei casi l'istituzione di un

---

<sup>170</sup> Cfr. COGLIANESE C.-LAZER D., *Management-based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, cit.; C. COGLIANESE-J. NASH, *Leveraging the Private Sector. Management-based Strategies for Improving Environmental Performance*, ed. Resources for the Future, Washington, DC(2006). J. BRAITHWAITE, *Meta Risk Managment and Responsive Regulation for Tax System Integrity*, cit., p. 1-3.

sistema di *reporting*, grazie al quale è possibile fare emergere con maggiore chiarezza l'allocazione delle responsabilità<sup>171</sup>.

La *Meta-Regulation*, viene intesa dunque come un controllo statale sull'autonormazione obbligatoria. Uno dei benefici che vengono indotti da questo sistema è che si crea competizione tra le imprese per il raggiungimento di performance regolative di alto livello. Inoltre, mediante l'attività di controllo lo Stato è costantemente a contatto con le soluzioni più *à la page* rilasciate dal "mercato" dell'autonormazione privata, potendo così attingere da un bacino sempre rinnovato di *policies* e codici che permettono di elevare lo standard richiesto<sup>172</sup>. Allo stesso tempo, il processo autonormativo non si esaurirà *uno actu*, poiché l'impresa dovrà periodicamente verificare l'adeguatezza e l'aggiornamento del suo sistema di prevenzione. Si crea così una situazione di raccordo che permette di sfruttare la conoscenza dei processi interni da parte dell'impresa per il perseguimento degli interessi promossi dalla legislazione.

Esiste una moltitudine di esempi di regolamentazioni riconducibili alla *Meta-Regulation* che si dispiegano nell'ambito della regolamentazione del mercato finanziario, della gestione di sostanze pericolose, della sicurezza dell'industria alimentare e sulla riduzione dell'uso di sostanze tossiche<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, cit., p. 246.

<sup>172</sup> N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, cit., passim; C. COGLIANESE-E. MENDELSON, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, cit., p. 5-6/27 della versione online.

<sup>173</sup> Per una panoramica delle applicazioni pratiche della *meta-regulation* nei sistemi anglosassoni si rinvia alla sezione 8.5 *Meta-Regulation in practice* dell'ultima opera citata, p. 11 e ss. in cui vengono analizzate l'esperienza del *Toxic Use Reduction Act* (TURA) adottato in Massachusetts nel 1989 (in cui le imprese che facevano uso massiccio di agenti chimici tossici sono state obbligate all'adozione di piani per la riduzione delle emissioni, pur essendo lasciate libere nel determinare le modalità e la quantità delle diminuzioni) e dell'EPA 33/50 program (in cui era

Anche in questo contesto, non sono mancati episodi che testimoniano come la concreta applicazione di questa strategia si verifichi all'indomani di gravi disastri, che hanno riconfermato – qualora ve ne fosse bisogno – quanto i grandi rischi della modernità siano connessi all'esercizio dell'attività di impresa. Uno degli esempi più sofisticati e risalenti di *Meta-Regulation* è rappresentato dal c.d. *safety-case* (caso di sicurezza)<sup>174</sup>, che consiste in una dimostrazione documentata della tenuta e dell'adeguatezza delle misure previste dal sistema di sicurezza condotta sulla base di evidenze scientifiche e all'esito dell'analisi del rischio rilevante. Questo modulo ha trovato applicazione per la prima volta a seguito di alcuni disastri verificatosi per via della liberazione di sostanze pericolose nell'ambiente. Basti pensare all'incidente di Seveso, al disastro avvenuto nel Mare del Nord per via dell'esplosione della piattaforma Piper Alpha e ai successivi incidenti avvenuti nel sito di stoccaggio di Grand Paroisse nei pressi di Tolosa o all'esplosione della fabbrica di materiali pirotecnici a Enschede in Olanda. Successivamente il *safety-case* è stato adottato come misura di prevenzione integrata nelle strategie di controllo dei rischi industriali delle Direttive Seveso I, Seveso II e II*bis* e Seveso III.

Le imprese coinvolte sono tenute a presentare un documento che dimostri l'adeguatezza dei piani di sicurezza delle strutture a rischio<sup>175</sup>, il piano

---

prevista l'adesione su base volontaria al fine di conseguire la certificazione EPA e un riconoscimento pubblico per la riduzione conseguita).

<sup>174</sup> Cfr. N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, cit., §7.5 *Meta-Regulation*, p. 15 ss della versione online.

<sup>175</sup> La politica di contrasto ai rischi derivanti dall'impiego di sostanze pericolose mantiene tutt'ora il medesimo impianto basato su un approccio meta-regolativo. I passaggi che compendiano i rapporti tra autorità nazionali competenti al controllo e gli enti sottoposti alla direttiva sono compendati nell'art. 10 della Direttiva nella sua ultima versione come oggi in vigore, Dir. 2012/18/UE del Parlamento e del Consiglio: "Rapporto di sicurezza 1. Gli Stati membri provvedono affinché il gestore di uno stabilimento di soglia superiore sia tenuto a



è poi sottoposto all'approvazione dell'autorità competente individuata dagli Stati.

È evidente che ciascun rapporto di sicurezza sarà ritagliato sulle specificità di ciascuna impresa e, in alcuni casi, dello specifico stabilimento. Mentre le Autorità preposte al controllo dovranno verificare che le imprese

---

presentare un rapporto di sicurezza al fine di: a) dimostrare di aver messo in atto, secondo gli elementi dell'allegato III, una MAPP e un sistema di gestione della sicurezza per la sua applicazione; b) dimostrare che sono stati individuati i pericoli di incidenti rilevanti e i possibili scenari di incidenti rilevanti e che sono state adottate le misure necessarie per prevenirli e per limitarne le conseguenze per la salute umana e per l'ambiente; c) dimostrare che la progettazione, la costruzione, l'esercizio e la manutenzione di qualsiasi impianto, deposito, attrezzatura e infrastruttura, connessi con il funzionamento dello stabilimento, che hanno un rapporto con i pericoli di incidenti rilevanti nello stesso, sono sufficientemente sicuri e affidabili; d) dimostrare l'avvenuta predisposizione dei piani di emergenza interni e fornire gli elementi che consentano l'elaborazione del piano di emergenza esterno; e) fornire all'autorità competente informazioni che le permettano di adottare decisioni in merito all'insediamento di nuove attività o alla costruzione di insediamenti attorno agli stabilimenti già esistenti. 2. Il rapporto di sicurezza contiene almeno i dati di cui all'allegato II. Esso indica il nome dei pertinenti organismi partecipanti alla stesura del rapporto. 3. Il rapporto di sicurezza è inviato all'autorità competente entro i termini indicati di seguito: a) per gli stabilimenti nuovi, entro un termine ragionevole precedente l'inizio della costruzione o l'avvio dell'attività oppure prima delle modifiche che comportano un cambiamento dell'inventario delle sostanze pericolose; b) per gli stabilimenti preesistenti di soglia superiore, il 10 giugno 2016; c) per gli altri stabilimenti, due anni dalla data dalla quale la presente direttiva si applica allo stabilimento interessato. 4. I paragrafi 1, 2 e 3 non si applicano se, anteriormente al 10 giugno 2015, il gestore ha già trasmesso all'autorità competente il rapporto di sicurezza, ai sensi delle disposizioni del diritto nazionale e se le informazioni contenute in tale rapporto soddisfano i criteri di cui ai paragrafi 1 e 2 e sono rimaste invariate. Per conformarsi ai paragrafi 1 e 2 del presente articolo, il gestore presenta le parti modificate del rapporto di sicurezza nella forma concordata dall'autorità competente, fatti salvi i termini di cui al paragrafo 3. 5. Fatto salvo l'articolo 11, il gestore rivede periodicamente il rapporto di sicurezza e, ove necessario, lo aggiorna almeno ogni cinque anni. Il gestore rivede inoltre il rapporto di sicurezza e, se necessario, lo aggiorna a seguito di un incidente rilevante nel proprio stabilimento e in qualsiasi altro momento, su iniziativa propria o su richiesta dell'autorità competente, qualora fatti nuovi lo giustifichino o in considerazione delle nuove conoscenze tecniche in materia di sicurezza derivanti, per esempio, dall'analisi degli incidenti o, nella misura del possibile, dei «quasi incidenti» e dei nuovi sviluppi delle conoscenze nel campo della valutazione dei pericoli. Il gestore trasmette tempestivamente il rapporto di sicurezza aggiornato o le sue parti aggiornate all'autorità competente. 6. Prima che il gestore dia inizio alla costruzione o all'attività ovvero, nei casi previsti al paragrafo 3, lettere b) e c), e al paragrafo 5 del presente articolo, l'autorità competente, entro un termine ragionevole dal ricevimento del rapporto, comunica al gestore le proprie conclusioni per quanto riguarda il rapporto di sicurezza e, se del caso, ai sensi dell'articolo 19, vieta l'avvio o la prosecuzione dell'attività dello stabilimento in questione.”

sottoposte a tale disciplina presentino il rapporto di sicurezza e valuteranno nel merito l'adeguatezza e il periodico aggiornamento del sistema approntato. Qualora le autorità preposte al controllo non ritengano soddisfatte le condizioni di sicurezza richieste dalla direttiva, queste presentano osservazioni e correzioni da apportare al piano di sicurezza. Quantomeno negli intendimenti della direttiva, questo meccanismo dovrebbe stimolare la gestione consapevole e coordinata del rischio, realizzata anche attraverso un approccio interlocutorio di collaborazione con lo Stato. Non va inoltre sottovalutato che questa metodologia consente l'emersione e la tracciabilità delle aree a rischio in tutti i Paesi di applicazione della direttiva in oggetto.

Particolare enfasi viene conferita all'istituzione di un sistema di reporting e alla cura di un programma di formazione rivolta ai soggetti coinvolti dai potenziali rischi, ivi incluse le popolazioni che abitano nelle zone limitrofe agli stabilimenti a rischio e i lavoratori.

Nonostante il *safety-case* basato sul governo del rischio risulti un'opzione meta-regolativa che ha registrato numerose conferme, sarebbe sbagliato ritenerla esente da vulnerabilità. Infatti, se non correttamente implementato rischia di generare distorsioni che ne pregiudicano l'effettiva riuscita. Gunningham ha notato, per esempio, come l'esistenza di un sistema formale di gestione della sicurezza dica in realtà molto poco rispetto alla distribuzione delle priorità all'interno dell'industria (per esempio, per capire in che misura gli scopi della produzione hanno la precedenza sulla sicurezza, o se le pressioni della produzione conducono all'assunzione di rischi, o se la formazione delle risorse che rivestono una certa funzione sia adeguata o no). Inoltre, il funzionamento del sistema potrebbe essere pregiudicato nel caso in cui non vengano effettivamente denunciati gli incidenti da parte dei lavoratori o nel caso

in cui le riunioni sulla sicurezza vengano svolte solo al fine di assolvere all'obbligo formale-burocratico<sup>176</sup>.

Breve. La buona riuscita del sistema di gestione della sicurezza non dipende solo dal corretto espletamento della fase di progettazione, ma anche dalla sua virtuosa e genuina attuazione. Rispetto a questo secondo profilo, l'unico modo per assicurare risultati effettivi dipende in larga parte dalla propensione del *management* a rispettare gli obblighi, la verifica sul punto va condotta attraverso lo svolgimento di *audit* periodici esterni e *stress test* che saggino la tenuta del sistema<sup>177</sup>.

Si ripropongono quindi gli interrogativi già emersi nell'ambito dell'analisi delle strategie di autonormazione spontanea. Le risposte fornite dagli studi empirici condotti dalla dottrina anglosassone non si discostano da quelle formulate in quel contesto. La variabile più importante per l'effettività della strategia è legata al tipo di operatori del mercato.

L'esistenza di un obbligo autonormativo risulta irrilevante rispetto ai soggetti che sono dotati di risorse tali da elaborare sistemi di prevenzione sofisticati e che anche in mancanza di un obbligo sarebbero stati inclini ad agire virtuosamente. Per quanto riguarda i soggetti recalcitranti, o riluttanti o sprovvisti delle risorse e del *know how* necessari, non è detto che la mera imposizione di un obbligo di legge valga a modificare sostanzialmente il loro

---

<sup>176</sup> N. GUNNINGHAM, *Enforcement and Compliance Strategies*, cit., p. 18/27.

<sup>177</sup> In larga parte, questa è la conclusione di svariati studi condotti sul campo: lo stile manageriale e le motivazioni sono più importanti per modellare il comportamento delle società in materia di tutela ambientale e di sicurezza sui luoghi di lavoro, piuttosto che il sistema in se stesso. Conta molto di più la gestione che il sistema di gestione, in breve. Cfr. C. COGLIANESE-D. LAZAR, *Management Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, cit., p. 724; C. PARKER, *The open corporation*, cit. p. 62 ss.

comportamento. L'obbligo andrebbe certamente sostenuto da sanzione e accompagnato ad una seria opera di *enforcement*. Tuttavia, nulla giova più di un serio e convinto *commitment* del governo societario alla riuscita di un sistema di normazione riflessiva.

In questo senso, è stata segnalata l'importanza di evitare situazioni in cui la società appresti formalmente un sistema di autonormazione, che però non si traduca nella sostanza in un effettivo *endorsement* degli obiettivi ricercati dal legislatore. A tal fine, oltre a lavorare per guadagnare l'effettiva fiducia e alleanza da parte dell'organo amministrativo è fondamentale che l'allineamento delle finalità transiti altresì attraverso la modificazione dei sistemi di controllo interno in modo che anche questi siano indirizzati alla realizzazione di quegli scopi<sup>178</sup>.

Altra parte della dottrina sostiene più fiduciosamente che sia possibile ipotizzare una *meta-regulation* ben calibrata, qualora siano tenute in debita considerazione le responsabilità sociali gravanti sull'impresa che collimano in larga misura con quelle statali. Al fine di acquisire questa consapevolezza è necessario però che sia assicurato un confronto con gli *stakeholders* e che sia seriamente presa in carico la tutela dei loro diritti e delle loro esigenze<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> J. BLACK, *The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the UK*, in *Public Law*, 2005, p. 512-49.

<sup>179</sup> C. PARKER, *Meta-Regulation: Legal Accountability for Corporate Social Responsibility?* in D. McBarnet, A. Voiculescu, and T. Campbell (eds.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

### 2.2.2.3. La lettura economicamente orientata di Ogus: *Consensual Self-Regulation e Competitive Self-Regulation*

L'analisi economica sulla *Self-Regulation* condotta da Ogus<sup>180</sup> tenta di chiarire che al paradigma non corrisponde un solo modello di autonormazione, bensì una pluralità di ipotesi che possono combinarsi e subire modifiche per rimediare alle debolezze individuate dalla dottrina che ne ha criticato l'efficacia e la legittimità. Nell'illustrare il fondamento dell'autonormazione, Ogus afferma che l'interesse pubblico giustifica l'autonormazione in tre situazioni: quando il settore disciplinando sia stato interessato da un qualche fallimento di mercato (per esempio esternalità negative o asimmetrie informative); quando gli strumenti forniti dal diritto sono inadeguati o troppo costosi per correggere quelle storture; quando, a parità di risultati – la legislazione pubblica si riveli più dispendiosa rispetto a quella autonormativa.

Focalizzandosi sull'ultimo dei profili evidenziati, Ogus nota come (1) l'ente autonormativo sia dotato di un maggiore grado di expertise e conoscenza tecnica che rendono più contenuti i costi di formulazione e interpretazione delle regole. (2) I costi relativi al monitoraggio e all'enforcement – in quanto devoluti all'ente autoregolatore – risultano ridotti anche per lo Stato. (3) Il minor grado di formalizzazione e la maggiore agilità nella produzione della fonte autonormata, comporterebbero minori costi (anche in termini di ritardo) derivanti dall'adeguamento e dal miglioramento delle fonti. (4) I costi amministrativi collegati al *policy-making*, essendo esternalizzati sul settore di interesse, non graverebbero sulle spalle dei contribuenti.

Ovviamente, il principale beneficio permane nella sfera degli interessi dell'entità autoregolatrice, che consegue la possibilità di autodisciplinare la

---

<sup>180</sup> A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, 1995, p. 97 ss.

propria attività secondo le proprie esigenze. D'altro canto, se si considera la legislazione come una risposta alle concorrenti istanze provenienti dai diversi gruppi sociali, l'autonormazione porrebbe nella diretta disponibilità dell'entità la possibilità di conseguire i profitti derivanti, senza nemmeno essere onerati dell'attività di pressione sugli enti regolatori statali. In questo modo, interi settori verrebbero sottratti dal confronto pubblico.

Sulla scia di queste considerazioni, si inseriscono molte delle critiche tradizionalmente rivolte all'autonormazione. A quelle di neocorporativismo, a tenore delle quali l'autonormazione fomenterebbe l'acquisizione di potere da parte di gruppi che non sono soggetti ad *accountability* secondo le regole del sistema costituzionale, si sommano quelle che riguardano la mancanza di legittimazione democratica degli enti autonormativi, tanto nei confronti dei membri appartenenti all'entità quanto – *a fortiori* – rispetto ai terzi che subiscono l'influenza della regolamentazione. Per altro verso, la coincidenza dell'ente legislatore con l'organo che esercita funzioni interpretative, di *enforcement* e sanzionatorie creerebbe un *vulnus* al principio di separazione dei poteri. Inoltre, si accusa l'autonormazione di scarsi livelli di applicazione nei confronti dei membri.

Dal punto di vista economico, i sistemi autonormativi basati sul rilascio di abilitazioni, licenze e autorizzazioni, sono stati accusati di perseguire in realtà la finalità distorta di regolamentare al solo fine di restringere il mercato. Basti pensare alla rilevanza della tematica della concorrenza nell'ambito della regolamentazione professionale forense: l'imposizione di tasse di iscrizione consente di mantenere il mercato più chiuso e – conseguentemente – di far godere profitti a una compagine più ristretta di membri.

Secondo Ogus, queste critiche possono essere ridimensionate qualora si guardi più approfonditamente alle caratteristiche dell'autonormazione.

L'Autore evidenzia come uno dei problemi principali riguardante le critiche sopra richiamate consiste nel fatto che queste si basano su di una concezione ristretta e stereotipata del fenomeno, mentre non tengono conto del fatto che – invece – questo può manifestarsi in molteplici sfaccettature.

Considerando il profilo della autonomia non può dirsi esistente una vera e propria dicotomia tra autonormazione e regolamentazione pubblica, piuttosto ci sarebbe un ampio spettro di gradazioni in cui intervengono obblighi legislativi statuali, partecipazione di soggetti esterni al processo legislativo o alla vigilanza, controllo esterno o accountability. Si spazia, quindi, da sistemi interamente privati sino ad arrivare a sistemi di matrice privata che necessitano dell'autorizzazione di un'autorità pubblica. Con riferimento alla portata coattiva, poi, si spazia da sistemi legalmente vincolanti *per se*, sino a sistemi puramente volontari. Quanto all'ambito applicativo, Ogas chiarisce come esistano sistemi autonormati che possono rivolgersi: a tutti i soggetti che fanno parte di un certo mercato; solo ad alcuni soggetti che incontrano alcuni requisiti; o – addirittura – a un solo soggetto.

Dopo aver destabilizzato le fondamenta delle critiche rivolte alla *Self-Regulation* per come generalmente concepita, Ogas si occupa della dimensione consensuale che influenza l'autonormazione che varrebbe a demolire anche i dubbi di prevaricazione da parte degli enti autonormatori. Tale concezione riposa sul teorema di Coase, secondo il quale l'efficienza allocativa verrebbe conseguita spontaneamente dal sistema attraverso le negoziazioni e gli accordi per effetto della sottomissione ai costi di transazione. L'autonormazione consensuale sarebbe dunque lo strumento attraverso il quale definire i mezzi per conseguire gli obiettivi fissati dalla legge. Esempi di questo genere di autonormazione sarebbero le contrattazioni collettive di lavoro in punto di sicurezza e salute sul lavoro nel sistema britannico. La proliferazione di standard

privati ha poi portato alla standardizzazione delle cautele in materia di sicurezza del lavoro e alla creazione di agenzie specializzate che hanno fomentato l'espansione e il miglioramento di quella regolamentazione. L'autonormazione consensuale contribuirebbe quindi al rinnovamento della legislazione statale, fornendo allo Stato i risultati dell'implementazione volontaria avvenuta negli anni. La dimensione generale e individuale viene però mantenuta, anche dopo che si adotti a livello statale uno standard (minimo) di riferimento; infatti, in quel sistema, ogni imprenditore deve operare una specificazione delle cautele customizzata sulle esigenze della propria impresa.

Secondo questa ricostruzione, l'autonormazione consensuale produrrebbe i suoi effetti anche sul terreno dei rapporti intercorrenti tra "creatori del rischio" e "potenziali vittime del rischio", ed sarebbe praticabile quando questo confronto può essere svolto a costi ragionevoli. Tuttavia, questo tipo di autonormazione non si presta a feconde applicazioni sul piano dei macro-rischi emergenti dalle drastiche conseguenze, rispetto ai quali sono ancora scarse le conoscenze tecnico-scientifiche. In questo caso, il paradigma autonormativo consensuale non sembra attagliarsi alle specificità del caso, in cui risulta preferibile ricorrere ad agenzie specializzate che raccolgano ed elaborino dati a livello centralizzato. L'autonormazione stipulativa rischia, inoltre, di ricadere nel c.d. paradosso del consenso: questo paradigma produrrà sicuramente ottimi risultati per ciò che concerne gli attori ben informati, ben intenzionati e ben organizzati, che sarebbero disposti ad autoregolarsi anche se fossero lasciati completamente liberi; mentre rischia di produrre gravi pericoli in quelle realtà in cui tali caratteristiche scarseggiano.

Ogus ipotizza poi la proposta di una autonormazione competitiva per contrastare le critiche formulate da alcuni studiosi che hanno posto in rilievo la tendenza delle agenzie autonormatrici a sfruttare la loro posizione



monopolistica al fine di generare profitti piuttosto che per la tutela degli interessi. Come rimedio, viene ipotizzata la creazione di un mercato concorrenziale in cui più enti regolatori siano posti nella condizione di competere. Questo impedirebbe di opporre sbarramenti in entrata, ma obbligherebbe anche le agenzie a formulare standard che incontrino le preferenze dei consumatori a un costo più basso, dando per assunto che la classe dei consumatori sia in grado di informarsi adeguatamente e di operare confronti. In questo scenario, gli standard regolativi si combinerebbero con il prezzo di mercato<sup>181</sup>. Seguendo questa impostazione si potrebbero configurare tre tipologie di regimi concorrenziali a seconda delle circostanze: libera concorrenza del mercato; concorrenza sottoposta alla vigilanza di autorità indipendenti; transizione da un regime di concorrenza a uno monopolistico.

#### 1. Libera concorrenza del mercato

In molti casi, la libera concorrenza favorisce l'affermazione di un prodotto anche in base alla sua qualità, che in qualche misura rispecchia il grado di regolamentazione e di altre forme di controllo imposte dal *management*<sup>182</sup>. Di solito, in questo regime di concorrenza, l'autonormazione germina quale prodotto spontaneo dell'azienda che cerca di rispondere alle istanze poste in essere dagli attivisti.

Due ordini di ragioni possono rendere questo regime inadeguato: a livello di esternalità negative, lo standard qualitativo inferiore può produrre

---

<sup>181</sup> Cfr. Nel mondo del commercio in rete. L'acquisto a prezzo più alto spesso è motivato dalle garanzie offerte e dalla credibilità sul mercato di quell'operatore.

<sup>182</sup> Si pensi agli standard certificati con l'etichetta di qualità, la promozione di uno standard etico.

conseguenze fuori dalla sfera dei soggetti coinvolti nell'acquisto<sup>183</sup>; per altro verso, può essere difficile comunicare al consumatore la qualità e il merito di aver sostenuto i costi legati all'autonormazione.

## 2. Concorrenza vigilata da autorità indipendenti

Per rimediare a questi due difetti può essere necessario virare verso un altro assetto di concorrenza che comprenda un controllo statale. Se le esternalità negative prodotte nel settore raggiungono dimensioni significative, l'unica opzione percorribile per porvi rimedio sarà quella di introdurre una regolamentazione statale che imponga standard qualitativi minimi. Fermi quei requisiti è possibile che più soggetti esercitino una funzione autonormativa in concorrenza tra loro. Per sorvegliare sui rischi derivanti dalla instaurazione di cartelli e della c.d. '*race to the bottom*' può essere utile ricorrere all'introduzione di un'autorità centrale di vigilanza e coordinamento.

## 3. Concorrenza *ex ante*, monopolio *ex post*

Il modello concorrenziale in oggetto viene in rilievo, soprattutto, per le situazioni in cui fioriscono i monopoli naturali o nelle situazioni in cui risulta preferibile avere un solo soggetto con cui interfacciarsi invece che molti. In questo caso, all'ipotesi di nazionalizzazione dell'impresa o dell'attività, si accosta quella di consentire il mantenimento del monopolio, ma sotto un regime di controllo dei prezzi e della qualità. In alternativa, si può procedere con l'affidamento di contratti mediante gara pubblica. Così facendo, la competizione tra imprese viene sfruttata nella fase di selezione del contraente al quale può essere imposta l'adozione di un sistema autonormativo, che pure sarà

---

<sup>183</sup> Se è abbastanza scontato che il consumatore eviterà di acquistare prodotti che contengono agenti chimici dannosi per la propria salute, non è altrettanto scontato che eviti di acquistare prodotti che provengono dallo sfruttamento dei lavoratori.

considerato come parametro per valutare l'offerta. Tuttavia, nel caso in cui il contratto abbia una durata prolungata, c'è il rischio che l'impresa non sia incentivata ad aggiornare e a migliorare il sistema autonormativo. Con il rischio che la leva del miglioramento sarà completamente ininfluyente nel caso in cui l'impresa non sia interessata a rinnovare il contratto.

#### **2.2.2.4. Sintesi sulle esternalità positive e negative della *Self-Regulation* secondo la dottrina anglosassone**

Le due motivazioni fondamentali che spingono verso un crescente impiego della *Self-Regulation* coincidono con le considerazioni in punto di *Expertise* e di *Efficiency* della fonte autonormata. Sul piano dell'*Expertise*, si ritiene che il modello autonormativo sia in grado di disciplinare i più alti gradi di sapere e conoscenza tecnologico-scientifici in maniera più proficua rispetto alla legge ordinaria. Questa dote sarebbe tributaria, *in primis*, del rapporto di contiguità tra l'entità autoregolatrice e i professionisti o la comunità scientifica di riferimento; questa stretta relazione si traduce in un più elevato grado di aggiornamento, e in una produzione normativa più vicina alla sensibilità della categoria che, pertanto, sarà percepita come più ragionevole. Si può dire, quindi, che l'autonormazione predispone il destinatario a tenere comportamenti conformi alla norma, o che – quantomeno – creando livelli di *compliance* razionalmente stabiliti dall'interno, non lasciano alcun *alibi* motivazionale per le eventuali infrazioni. Dal punto di vista pratico, questo si traduce in un minor esborso in termini di *enforcement*, i costi del quale sono normalmente sostenuti con risorse pubbliche senza – peraltro – offrire risultati apprezzabili in termini di efficienza.

Proprio sul piano della maggiore efficienza del paradigma si proiettano i più importanti incentivi verso la *Self-Regulation*. I migliori risultati si apprezzano nelle realtà che coniugano il carattere squisitamente normativo con

quello disciplinare-sanzionatorio. Basti pensare all'enorme vantaggio conseguibile in termini di effettività dei controlli conseguibili in ragione del diretto collegamento tra vigilante e vigilato, dei minori costi (anche in termini temporali) per l'acquisizione delle informazioni o della documentazione nell'ambito di indagini interne, o anche semplicemente per lo svolgimento del monitoraggio e dei controlli ordinari.

Dal punto di vista meramente normativo, la *Self-Regulation* presenta nella duttilità la sua prerogativa più evidente. Non solo la rapidità di adattamento è nettamente superiore rispetto a quella della legge ordinaria, ma la provenienza dal medesimo ambiente fa sì che il legislatore non si trovi spiazzato di fronte ai cambiamenti intervenuti e – anzi – sia il soggetto più idoneo per l'individuazione delle nuove soluzioni regolative. Per i contesti autonormativi che non prevedono un *iter* normativo rigido, questa peculiarità sarà ancora più spiccata poiché si massimizza la flessibilità delle risposte, anche se – come si può facilmente intuire – proprio in quei frangenti si possono registrare delle fragilità delle garanzie. Inoltre, va ulteriormente ribadito che l'autoregolatore, tipicamente, gode della fiducia e della stima dei suoi membri, condizione che rende più probabile il raggiungimento di un buon grado di *Compliance*.

Anche dal punto di vista della sostenibilità economica i vantaggi conseguibili mediante la *Self-Regulation* sono significativi. Infatti, generalmente, la regolamentazione riflessiva è interamente autofinanziata dall'organizzazione regolatrice. Tuttavia, quantomeno nei casi di *Self-Regulation* obbligatoria, lo Stato sarebbe comunque tenuto a sostenere i costi di validazione delle norme autoimposte; a tal proposito, occorre tener presente che questa revisione potrebbe ben scontrarsi con alcune delle fragilità ricorrenti

anche nel paradigma di *Command and Control* (*Legalism, Standard setting, Enforcement*).

Tuttavia, l'assunzione di questo costo da parte dello stato si rende necessario nel momento in cui il tessuto sociale non esprima valide e consistenti risposte autonormative spontaneamente. Qualora i benefici prospettati per incentivare l'adesione non si rivelino sufficienti, la tendenza sarà verso il riconoscimento statale in modo da far confluire l'iniziativa normativa spontanea entro la cornice della legislazione statale. Questa traslazione da *Voluntary Self-Regulation* a *Enforced Self-Regulation* si rende necessaria, quindi, nel momento in cui l'autorevolezza del regolatore non-statale non raggiunge livelli tali da far percepire l'autonormazione come esperienza di per sé sufficiente a soddisfare le esigenze regolative. Il passaggio all'*Enforced Self-Regulation* si realizza inoltre in quelle circostanze in cui non è possibile conseguire livelli di implementazione omogenea.

Uno dei dubbi legati all'autonormazione obbligatoria riguarda il fatto che vengano delegati – formale o, anche solo, di fatto – degli obiettivi legislativi pubblici a un attore non statale, privo di una legittimazione democratica o di natura pubblicistica. Oltre a presentarsi il problema dell'ampiezza dei poteri delegati, va considerato che le conseguenze determinate mediante questo tipo di regolamentazione, possono prodursi anche nella sfera di soggetti esterni. La minaccia che si staglia in questo scenario è quella che le regole vengano elaborate in maniera distorta per soddisfare interessi privati. Molti studi hanno inoltre rivelato che gli enti autonormativi si comportano in modo anti-concorrenziale sfruttando politiche in tema di requisiti di accesso e di prezzi praticate nell'interesse dei membri, piuttosto che di quello pubblico.

Un ulteriore difetto del modello autonormativo risiede nella carenza dei controlli tipicamente garantiti tramite i canali democratici. Per rimediare a

questa carenza, nell'ottica di prestare un livello di garanzie proporzionato rispetto a quello fornito dallo Stato, alla delega di una parte della funzione legislativa ad organizzazioni non statali vengono di solito accostate delle forme di controllo esterno. In questo modo si instaurano dei sistemi che consentano di verificare i procedimenti adottati, di sindacare gli esiti del procedimento, di limitare la discrezionalità lasciata al legislatore non-statuale. Per riferirsi a questo nodo di garanzie, la dottrina di lingua anglosassone ricorre al concetto di *Accountability*, che riunisce controlli di vario genere, che spaziano dalle misure che garantiscono la trasparenza e la rendicontazione sull'operato, a forme di responsabilità di natura giuridica, politica ed etica.

Per arginare le possibili derive che possono scaturire dall'accaparramento delle prerogative legislative da parte di soggetti che non gravitano nell'alveo delle garanzie imposte dalla Costituzione alle articolazioni del potere centrale, lo Stato può introdurre diversi sistemi di *Accountability* variamente dislocati su diversi livelli di controllo presidiati dai poteri statali.

Nell'ambito della supervisione legislativa si possono collocare le restrizioni poste *ex ante* attraverso la legge. In questo senso, la legge potrà definire quali dovranno essere le prescrizioni fondamentali e gli obiettivi da perseguire mediante autonormazione; potrà essere prevista una supervisione parlamentare del procedimento autonormativo; oppure potranno essere stabiliti a livello legislativo requisiti in punto di pubblicazione e di *Reporting*.

Un altro elemento a cui ancorare l'*Accountability* consiste nella possibilità di porre nella disponibilità dei cittadini dei rimedi che permettano un sindacato sull'autonormazione. In questo senso, l'istituto che meglio si presta a soddisfare questa esigenza è il *Judicial Review*, ma nello stesso senso si sviluppano anche i meccanismi di impugnazione attraverso i quali far valere le doglianze e i reclami presso un soggetto esterno all'ente regolatore.

Dal punto di vista amministrativo, un ruolo di raccordo può essere interpretato dai Ministeri o dalle Autorità amministrative indipendenti. I primi possono stabilire le linee guida o i criteri per il riconoscimento di un ente in qualità di autoregolatore, oppure partecipare alla fase legislativa nella fase di redazione o approvazione delle regole. In altri casi la gestione delle risorse economiche è affidata o comunque supervisionata da enti pubblici. Le autorità indipendenti rivestono spesso un ruolo di certificazione delle fonti autonormative e di vigilanza sui soggetti regolamentatori. Come già chiarito, inoltre, lo Stato esercita una pressione sulle *self-regulative agencies* adombrando la possibilità di intervenire con provvedimenti statali qualora non siano stati raggiunti alti gradi di performance.

Una delle più radicate critiche rivolte all'autonormazione consiste nel fatto che la produzione normativa è il risultato di un procedimento che non contempla la partecipazione di alcuni soggetti che pure rientrano tra i destinatari o comunque nella sfera di influenza della stessa. In molti casi, in effetti, il rilievo conferito alla categoria dei controinteressati è stato sporadico se non, addirittura, meramente simbolico tanto nell'assunzione delle decisioni finali quanto nella determinazione degli indirizzi di fondo.

Un'altra sostanziale erosione rispetto alle garanzie offerte dalla legislazione statale consiste nella mancanza di un obbligo – o di un onere – di motivazione a corredo della produzione normativa.

### **2.3. L'uso differenziato del paradigma: autonormazione negoziata**

L'analisi condotta sino a questo momento ha dimostrato che l'autonormazione, pur essendo provvista di numerose qualità carenti nell'approccio di Command & Control incontra nella sua applicazione alcune

limitazioni. Da una parte, l'autonormazione costituisce uno strumento agile, flessibile, capillare e *taylor made*, che riesce a dare risposte più rapide, aggiornate e precise ai bisogni di tutela espressi dalla società e richiesti dallo Stato alle organizzazioni complesse. Per converso, però, uno dei punti di debolezza più evidenti del paradigma si appunta sulla circostanza che vede contrapposta alla fissità della strategia regolativa statale una multiforme platea di soggetti che ne sono destinatari, con la conseguenza che i risultati prodotti da questo tipo di regolamentazione sono fortemente condizionati dal grado di collaborazione di questi ultimi. Nella maggior parte dei casi, quindi, l'autonormazione sortirà effetti differenziati in base all'attitudine e al comportamento del soggetto, con la conseguenza che si ricadrebbe nelle stesse criticità di ineffettività evidenziate per il paradigma di *Command & Control*.

La presa di coscienza di queste circostanze dimostra, in primo luogo, che l'autonormazione obbligatoria (e *a fortiori* quella volontaria) costituisce una valida ed efficace strategia regolativa solo nei casi in cui sia chiaro sin dal principio quale tipo di destinatari saranno coinvolti. In particolare, il compito del legislatore statale consisterà nell'individuazione di classi di soggetti omogenee che siano animate dalla volontà di adempiere agli impegni imposti dallo Stato.

Tuttavia, è molto raro che si crei questa congiunzione di eventi, mentre è sempre pressante l'esigenza di conseguire livelli omogenei di tutela pur nella estrema eterogeneità di operatori dell'arena dei soggetti regolati. Non sarebbe, per esempio, accettabile che una piccola impresa, poiché priva di risorse e mezzi sufficienti per autoregolamentarsi, possa – di fatto – essere sottratta all'adempimento di questo obbligo, tuttavia il risultato che sarà in grado di produrre potrebbe rivelarsi altrettanto sconcertante. Per contro, ricondurre la strategia al *Command & Control* potrebbe risultare menomante per le grandi



*corporation* ben intenzionata che sarebbero in grado di offrire performance migliori se lasciate libere di rintracciare la propria formula autonormativa.

Sulla scorta di queste considerazioni, alcuni studiosi hanno iniziato a riflettere sulla possibilità di strutturare la disciplina di matrice statale in maniera differenziata a seconda dell'interlocutore, in modo da valorizzare le virtù degli operatori in grado di produrre le migliori performance autonormative e di ovviare ai limiti degli attori che per necessità o per volontà non intendono aderire ad un approccio collaborativo con lo Stato.

Si tratta di teorizzazioni che prevedono una continua ricalibrazione della risposta statale, sulla base degli *input* provenienti dalle organizzazioni complesse destinatarie della regolamentazione. Il comportamento degli attori viene costantemente sottoposto a valutazione per determinare verso quale polo sarà più opportuno orientare la disciplina statale nei suoi confronti. La strategia di impiego dell'autonormazione sarà dunque differenziata a seconda delle situazioni, in base a meccanismi premianti verso il merito e prescrittivi-repressivi verso gli attori che non danno segni di volere o poter collaborare mediante autonormazione. Questi sistemi hanno il merito di trarre i frutti dell'autonormazione ove questa risulta essere una strategia feconda di conseguenze positive, ma consentono allo stesso tempo di stimolare il miglioramento presso gli operatori che ancora non presentano i requisiti per l'esperimento di una virtuosa *partnership* stato-impresa.

La chiave di volta di queste strategie consiste nel fatto che configurano un approccio dinamico alle problematiche della regolamentazione: la strategia della deterrenza viene effettivamente concepita come *last resort*, alla quale fare ricorso solo qualora le strategie più polarizzate verso la *compliance* spontanea o indotta si rivelino sterili.

### 2.3.1. Responsive Regulation

Una delle teorie più importanti che per prima ha concettualizzato l'uso differenziato e combinato delle strategie di *enforcement* corrisponde alla proposta di attuazione della c.d. *Responsive Regulation* ipotizzata da John Braithwaite e Ian Ayres<sup>184</sup>. La proposta dei due autori australiani si colloca nel dibattito riguardante la *business regulation* al crocevia tra le posizioni dei sostenitori della necessità di una forte regolamentazione statale e quelli che, invece, militano a favore della *Deregulation* in quanto si mostrano fiduciosi della capacità autodisciplinante del mercato libero. La proposta dei due studiosi è di trascendere questa polarizzazione, poiché entrambe le soluzioni esibiscono gravi carenze: il libero mercato può scadere verso comportare anche una regolamentazione privata di cartello che azzeri la concorrenza, mentre la legislazione statale iper-dettagliata può facilmente essere aggirata attraverso minimi aggiustamenti degli operatori di mercato.

La strategia proposta consiste nell'individuazione di un giusto *mix* tra le strategie di *compliance* pura e di *deterrence* più estrema, che punisca le *bad apples*, ma che al contempo incentivi gli operatori più collaborativi a spingersi addirittura oltre la *compliance*. Una buona regolamentazione consiste perciò nell'invocare risposte differenti a seconda che lo Stato si interfacci con attori virtuosi ovvero con quelli meno propensi alla collaborazione. In questo risiede il carattere *Responsive* di questa strategia: la regolamentazione reagisce in base agli impulsi provenienti dal mercato degli operatori, e si modula e si riassetta al verificarsi delle successive modifiche.

---

<sup>184</sup> I. AYRES-J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the deregulation debate*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992.

Per dare attuazione a questo proposito, Ayres & Braithwaite mettono a punto il meccanismo della piramide dell'*enforcement* lungo la quale si collocano in progressione le diverse strategie regolative utilizzabili dallo Stato per conseguire gli obiettivi ultimi della legislazione.

Alla base della piramide si collocano le misure che poggiano sulla persuasione e sulla adesione volontaria alle imprese. A questo livello, l'interferenza dello Stato risulta superflua poiché l'organizzazione complessa ha già metabolizzato e introiettato le finalità promosse dallo Stato e sta già operando in modo tale che queste siano raggiunte. A questo tipo di relazioni corrisponde quindi l'impiego della *Voluntary Self Regulation*.

Salendo lungo il tronco della piramide si incontrano strategie che contemplano un'intromissione maggiore da parte dello Stato. Segnatamente le ipotesi di autonormazione prevista dallo Stato mediante l'uso di incentivi, la creazione di oneri o l'imposizione di obblighi. Nella ricostruzione di Braithwaite a questo livello corrisponde l'*Enforced Self-Regulation*. Il tronco della piramide costituisce dunque la strategia mediana, in cui lo Stato non recede completamente di fronte alla autonomia organizzativa degli operatori, ma lascia loro un buon margine di discrezionalità rispetto ai mezzi da utilizzare.

L'apice della piramide è occupato, invece, dalla strategia della *deterrence*, cioè la repressione dei comportamenti mediante la minaccia e l'irrogazione di una sanzione. Ovviamente, la gradualità della strategia della deterrenza può essere sub-articolata nelle diverse branche del diritto sanzionatorio (civile, amministrativo e penale) e nelle diverse tipologie di sanzioni impiegabili (pecuniarie, ablativo, interdittive, reputazionali, risarcitorie, limitative della libertà personali, sino alla *incapacitation*).

L'*escalation* della strategia di *enforcement* lungo la piramide risulta di immediata percezione: la base poggia su misure persuasive incentivanti, il tronco

è costituito dalle sanzioni più tenui, mentre l'apice è costituito dalle sanzioni penali.

La scelta della piramide non è semplicemente evocativa del crescendo punitivo che si raggiunge nella risalita verso il vertice della figura, l'immagine risulta appropriata anche per mostrare la sostenibilità delle risorse regolatorie raffigurate nella piramide: la base risulta essere più ampia perché comporta interventi che non implicano un importante dispendio di risorse statali, mentre l'apice ha una superficie molto più limitata dal momento che le sanzioni ivi contemplate comportano importanti costi sia a livello economico sia a livello statale.

Nella concezione proposta da Braithwaite e Ayres il legislatore statale dovrebbe quindi, in principio, impiegare strategie regolative che attingano dalla base della piramide presumendo che l'impresa sia disponibile ad adeguarsi volontariamente e a collaborare con lo Stato per il perseguimento degli obiettivi ricercati.

Soltanto sussidiariamente, una volta che la realtà prasseologica abbia smentito l'assunto di partenza, i regolatori statali dovrebbero scalare la piramide passando alla strategia più severa. Questa risalita progressiva consente allo Stato di determinare quale rimedio si attagli meglio alle necessità e alle peculiarità del settore sulla base di interazioni consecutive.

La tenuta del sistema così configurato riposa dunque sull'esistenza di due presupposti: la disponibilità presso il legislatore statale di un ventaglio di opzioni regolative differenziate in base al grado di repressività; la credibilità della strategia posta al vertice della piramide. L'esistenza cioè di un'arma tanto potente da essere in grado di intimidire i destinatari della legislazione sia in forza della sua potenza lesiva, sia in virtù di un'effettiva capacità di impiego da parte degli organi statali preposti al suo impiego.

La leva che consente alla *Responsive Regulation* di funzionare consiste nell'approccio c.d. *Tit-for-Tat*<sup>185</sup>, che mutua sul piano giuridico le risposte fornite dall'analisi della *Teoria dei giochi*. Lo Stato tratta gli operatori dell'arena giuridica per come questi si pongono nei suoi confronti, traducendo il sintagma con un'espressione più aderente alla nostra cultura giuridica si potrebbe dire che si adotta una relazione di *do ut des*. Perciò, se l'organizzazione risponde positivamente alle strategie di compliance basate sull'autonormazione spontanea, il legislatore non avrà motivo di imporre soluzioni più restrittive; di contro, qualora gli operatori si dimostrino insensibili o recalcitranti sarà invece necessario spostarsi verso una più intensa repressione dei comportamenti. In questo modo si instaura un mutuo interesse alla virtuosa collaborazione tra Stato e impresa. Inoltre, questo assetto non lascia alcun operatore insoddisfatto poiché garantisce il rispetto dell'uguaglianza sostanziale nel trattamento dei diversi attori, prevenendo così i rischi connessi alla frustrazione che può ingenerarsi presso gli operatori più virtuosi che operano in un contesto dominato da soggetti non collaborativi. Gli investimenti e il dispendio di risorse finalizzato all'autonormazione non svantaggeranno le organizzazioni virtuose perché solo a loro sarà riservato l'approccio fondato sulla *compliance strategy*. Chi non voglia collaborare, invece, sarà sottoposto al più stringente regime della deterrenza. In questo modo, la scelta sull'autonormazione diventa una scelta strategica dell'impresa che – attraverso tale decisione – denuncia quale posizione intende occupare nell'arena della regolamentazione.

---

<sup>185</sup> I. AYRES-J.BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit. p. 21: "TFT means that the regulator refrains from a deterrent response as long as the firm is cooperating; but when the firm yields to the temptation to exploit the cooperative posture of the regulator and cheats on compliance, then the regulator shifts from a cooperative to a deterrent response."

La teoria della piramide dell'*enforcement* non è però invulnerabile e ha sollecitato le riflessioni e le critiche di molti studiosi. Parte della dottrina ha messo in luce come il meccanismo di discesa e risalita lungo la piramide può comportare conseguenze disvolte nell'ordinamento<sup>186</sup>.

Nelle riflessioni di Haines traspare scetticismo circa la reale percorribilità del meccanismo nella pratica. Inoltre, la studiosa ha sollevato dubbi circa il clima di diffidenza che può instaurarsi all'esito dell'inasprimento della risposta sanzionatoria da parte dello Stato. L'abbandono della strategia basata sulla cooperazione porterebbe alla trasformazione delle motivazioni che guidano l'azienda rispetto alla *compliance*, che traslerebbero dalla volontà di cooperare alla diffidenza cronica nei confronti dello Stato<sup>187</sup>.

Altra parte della dottrina ha invece precisato che per l'effettivo successo di una strategia che incentivi la cooperazione è necessario che si diffonda una cultura di impresa che consenta a tutte le imprese di acquisire l'*expertise* necessaria per adempiere, risolvendosi altrimenti il meccanismo nella creazione di disuguaglianze di fatto che trovano le loro radici nella ricchezza economica dell'impresa. Per questo è necessario istituire flussi informativi continui tra regolatori statali e destinatari, in modo da creare una cultura della *compliance* di impresa che possa essere chiaramente recepita dal *management*<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> Una dettagliata ricostruzione delle critiche e degli spunti di miglioramento formulati in relazione alla proposta di Braithwaite e Ayres è presentata da R. BALDWIN - J. BLACK, *Really Responsive Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2008 pp. 61 ss.

<sup>187</sup> F. HAINES, *Corporate Regulation: Beyond 'Punish or Persuade'*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 119-120.

<sup>188</sup> In questo senso i rilievi di C. PARKER, *Compliance Professionalism and Regulatory Community: The Australian Trade Practices Regime*, in *Journal of Law and Society*, 26, p. 223.

Altra parte della dottrina ha suggerito, pur mostrando apprezzamento per l'approccio negoziale-scalare nel corso del suo svolgimento, propone di correggere il meccanismo adottando sin dall'origine una ripartizione differenziale della regolamentazione statale, quando questo sia reso possibile dall'esistenza di parametri che lascino ragionevolmente presagire come si comporterà l'impresa rispetto all'obiettivo statale<sup>189</sup>. Per vero, l'approccio differenziato *ab origine* confluirà nella stessa produzione successiva di Braithwaite.

Dal canto suo, la dottrina della *risk-based regulation* – che sostiene la necessità di indirizzare le risorse di *enforcement* statali (scarse) in maniera mirata contro le realtà che esprimono un maggiore rischio – ritiene che l'affidamento iniziale riposto nell'impiego delle strategie della persuasione poste alla base della piramide sia un inutile spreco di tempo e risorse da parte dello Stato<sup>190</sup>. Dalla stessa area provengono i dubbi circa la praticabilità di questo approccio nei moderni sistemi giuridici contemporanei caratterizzati per l'estensione transnazionale di alcune istituzioni regolatrici e dal policentrismo regolativo<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> In questi termini si esprime Gunningham riprendendo le considerazioni espresse in R. KAGAN – J. SCHOLZ, *The Criminology of the Corporation and Regulatory Enforcement Styles*, in K. Hawkins and J. Thomas, *Enforcing Regulation*, Boston, Kluwer-Nijhoff, 1984.

<sup>190</sup> Va segnalato che il *Risk-Based approach* non è esente da potenziali distorsioni. Infatti, concentrando l'impiego delle risorse statali contro i rischi più macroscopici si incorre nella contraddizione di lasciare scoperti ampi territori ove il rischio risulta più contenuto dal punto di vista dei danni potenzialmente cagionabili, ma estremamente più frequente. Sulla *Risk Based Regulation* cfr. J. BLACK, *The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the UK*, in *Public Law*, 2005, pp. 512–49; P. HAMPTON, *Reduction in Administrative Burdens: Effective Inspection and Enforcement*, (Hampton Report), London, HM Treasury, 2005.

<sup>191</sup> Cfr. R. BALDWIN – J. BLACK, *Really Responsive Regulation*, cit. p. 73.

In ultimo, è stato notato come la scarsa frequenza dei rapporti tra alcune imprese ed enti statali costituisca una barriera all'effettivo impiego della *Responsive Regulation*. Da qui è stata segnalata l'esigenza di intensificare i monitoraggi in modo da moltiplicare i momenti di incontro e confronto tra gli interlocutori, al fine di rendere più efficace la piramide dell'*enforcement*.

### 2.3.2. Smart Regulation

La teoria della *Smart Regulation*<sup>192</sup> si pone in linea di continuità rispetto al modello postulato da Braithwaite e Ayres, anche se risulta arricchito di ulteriori elementi caratterizzanti. Il concetto di una regolamentazione “smart” (intelligente) rimanda alla dimensione del pluralismo giuridico e sociale analizzato in precedenza. In questo tipo di strategia regolativa, infatti, confluiscono tutte le fonti provenienti dai diversi contesti e dai diversi attori che compongono la società moderna. Dando spazio a queste differenti tendenze si può addivenire a soluzioni più creative, flessibili, efficaci e innovative; cioè più intelligenti.

Sebbene la *Smart Regulation* privilegi la fonte statale come quella più importante, viene superata l'idea che questa detenga l'esclusiva nella gestione dei *policy instruments* e si predilige un approccio aggregato delle strategie a disposizione.

Storicamente, la *Smart Regulation* prende piede nei contesti neo-liberisti in cui le relazioni gerarchiche tra Stato e impresa tendono a sfumare e in cui,

---

<sup>192</sup> N. GUNNINGHAM – P. GRABOSKY, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford, Oxford University Press, 1998.



invece, acquisiscono crescente peso le nuove figure di controinteressati che emergono nell'ambito della globalizzazione.

Non sorprende dunque che la ri-concettualizzazione della piramide dell'*enforcement* sia basata sull'incremento del numero degli attori che possono agire in qualità di regolatori (*rectius* quasi-regolatori) e sulla conseguente moltiplicazione degli strumenti regolativi adottabili. Così la piramide dell'*Enforcement* sarebbe effettivamente composta da più facce, composte da altrettante aree di regolamentazione. In particolare, le tre facce della piramide sarebbero occupate: la prima, nonché principale, dalla regolamentazione statale; la seconda dai *quasi-regulators*, come associazioni professionali o associazioni di settore; la terza dall'impresa stessa, in base alle sue regole autonormate.

Per vero già Braithwaite aveva ipotizzato che la piramide dell'*enforcement* fosse un modello applicabile a contesti diversi, essendo sufficiente adeguare il paradigma al campo specifico da regolamentare e riempiendo i gradini della piramide con gli strumenti regolativi propri di quel settore. Tuttavia, nella concezione *Smart* le facce della piramide risultano collegate l'una all'altra, essendo così possibile per le imprese un movimento non solo in verticale, ma anche in orizzontale da una sfera regolativa a un'altra.

Gli stessi teorici della *Smart Regulation* riconoscono che la risalita lungo le diverse superfici della piramide non sempre è configurabile, essendo necessario che il settore da disciplinare consenta una strategia di *enforcement* graduata, *responsive* e interattiva.

Dal momento che l'impiego della *Smart Regulation* (e della piramide dell'*enforcement* in generale) comporta in qualche misura una sperimentazione "al buio", il suo impiego non è raccomandabile nei casi in cui l'ambito da disciplinare coinvolga il rischio di perdita irreversibile del bene giuridico da tutelare o la verifica di un danno catastrofico.

Inoltre, dal momento che il dialogo tra regolatori e soggetti regolamentati è una componente essenziale per l'aggiustamento delle valutazioni, serve che il settore da disciplinare si presti alla ripetizione periodica di questi scambi. Non è invece possibile sviluppare questo sistema nei casi in cui ci sia una sola chance per influenzare il comportamento degli operatori dell'arena regolamentata.

La creazione delle condizioni favorevoli all'attecchimento della piramide dell'*enforcement* gravano evidentemente sullo Stato, che è il soggetto che ha maggiore interesse nel rintracciare alleati che allevino il suo carico legislativo.

# Capitolo 3

## LE INTERAZIONI DINAMICHE TRA L'ORDINAMENTO STATALE E LE FONTI AUTONORMATE

SOMMARIO: 1. La necessità di portare ordine nel pluralismo giuridico - 1.1 Sulle orme dell'analisi istituzionalista - 1.2 Metodologia: i criteri adottati per la presente analisi - 1.3 L'attuazione del principio di sussidiarietà e la proposta del ricorso all'Interventionsrecht - 1.4 L'autonormazione nell'arsenale del legislatore: relazioni interordinamentali e principio di sussidiarietà - 2. Autonormazione come paradigma alternativo e parallelo rispetto al diritto penale. Sussidiarietà degli ordinamenti - 3. Il raccordo tra ordinamenti: l'autonormazione come paradigma ausiliario al diritto penale. Ordinamenti concorrenti. - 3.1 Autonormazione con funzione suppletiva rispetto al diritto penale - 3.2 Autonormazione con funzione additiva rispetto al diritto penale - 3.3 Autonormazione con funzione complementare al diritto penale - 4. L'istituzionalizzazione del paradigma autonormativo. Interazione dinamica tra fonti statali e fonti autonormate. Ordinamenti sinergici e integrati.

### **1. La necessità di portare ordine nel pluralismo giuridico**

La ricognizione della crisi del diritto tracciata nel primo capitolo e la molteplicità di ipotesi di ordinamenti autonormativi proliferanti nel nostro ordinamento mostrano un sistema in cui l'affastellarsi scomposto di fonti normative contribuisce ad aumentare l'incertezza del diritto finalmente applicabile. In questo reticolato caotico, l'unica possibile manovra per sciogliere i nodi di questo enigma sembra quella che si intenta lungo la via del riordino normativo del pluralismo giuridico.

Questo l'ostico obiettivo che si intende raggiungere mediante l'indagine che si svolgerà in questo capitolo, seppur limitatamente ai rapporti intessuti nelle trame della rete ove i sistemi autonormativi si intrecciano con quello statale.

L'analisi condotta nel primo capitolo ha reso fin troppo chiara la congruenza tra le ricostruzioni sociologiche che ambientano il discorso sul diritto riflessivo nell'ambito della teoria dei *sub*-sistemi sociali e la teoria istituzionalista dell'ordinamento giuridico (*rectius* degli ordinamenti giuridici) di Santi Romano. Tali concettualizzazioni sembrano essere quelle che meglio spiegano il fenomeno che si sta analizzando, pertanto converrà mutuare da quelle correnti di pensiero gli strumenti per la disamina delle relazioni esistenti tra ordinamento statale e ordinamenti autonormativi. In questo senso, pare utile riportarsi all'analisi sulla pluralità degli ordinamenti giuridici e sulle loro relazioni magistralmente svolta da Santi Romano per mutuarne alcuni degli strumenti di indagine e tentare di spiegare le relazioni che collegano i diversi ordinamenti.

### **1.1. Sulle orme dell'analisi istituzionalista**

Della lezione istituzionalista pare certamente proficuo fare buon tesoro alcune delle tassonomie stilate da Santi Romano per classificare i tipi di ordinamenti giuridici esistenti e le relazioni esistenti tra essi. Non compete certo a chi scrivere prendere una posizione nel dibattito giusfilosofico, ci si limita qui a rilevare l'utilità della lezione di Romano in chiave metodologica.

Per prima cosa Romano dimostra l'attualità storica della pluralità degli ordinamenti giuridici<sup>193</sup>, attraverso il ricorso a diversi esempi di ordinamenti altri da quello statale: il diritto internazionale<sup>194</sup>, il diritto della Chiesa<sup>195</sup>, gli ordinamenti degli enti illeciti o ignorati dallo Stato<sup>196</sup>, gli ordinamenti non riconosciuti dallo Stato, che pure promanano da enti regolati dallo Stato<sup>197</sup>.

Tali ordinamenti costituiranno il termine di riferimento per la successiva indagine, che – tuttavia – fornisce degli strumenti sistematici validi in generale per qualsiasi altra analisi delle relazioni tra ordinamenti giuridici.

La prima tassonomia stilata da Romano riguarda la distinzione delle istituzioni che possono entrare in contatto, in base ai loro caratteri fondamentali. In questo senso si distinguono istituzioni: originarie *vs.* derivate; con finalità particolari *vs.* generali; con efficacia interna al proprio sostrato *vs.* con efficacia anche esterna; semplici *vs.* complesse (istituzione di istituzioni); perfette *vs.* imperfette (cioè che necessitano di un'altra istituzione); dotate di personalità giuridica *vs.* prive; indipendenti *vs.* coordinate *vs.* subordinate.

Passando all'analisi relazionale, Romano introduce il concetto di rilevanza giuridica, che si differenzia sia dalla nozione di importanza di fatto di un ordinamento rispetto a un altro, sia da quella di uniformità di più ordinamenti determinata da esigenze extra-giuridiche.

---

<sup>193</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., parte II, §25-27.

<sup>194</sup> *Ibidem*, § 28.

<sup>195</sup> *Ibidem*, § 29.

<sup>196</sup> *Ibidem*, § 30.

<sup>197</sup> *Ibidem*, § 31, a questo paradigma, almeno di primo acchito paiono maggiormente riconducibili le esperienze autonormative manifestatesi nel sistema italiano.

“[...] perché ci sia rilevanza giuridica, occorre che o l’esistenza o il contenuto o l’efficacia di un ordinamento sia condizionata rispetto ad un altro ordinamento, e ciò in base a un titolo giuridico.”<sup>198</sup>

Segnatamente, il titolo giuridico da cui può desumersi questa rilevanza viene rinvenuto: nella relazione di dipendenza tra due ordinamenti, di cui uno sia subordinato all’altro; nella relazione di presupposizione dell’uno rispetto all’altro, che può influenzarne sia l’esistenza sia il contenuto; nella relazione tra ordinamenti reciprocamente indipendenti, ma parimenti dipendenti da un altro identico ordinamento; nella rilevanza unilateralmente attribuita da un ordinamento a un altro, nonostante la loro ontologica indipendenza; nella relazione di successione tra più ordinamenti.

Chiariti i titoli giuridici che possono conferire rilevanza a un ordinamento rispetto a un altro, Romano illustra i tre momenti in cui questa rilevanza può trovare esplicazione: l’esistenza, il contenuto e l’efficacia degli ordinamenti stessi.

Con riferimento al momento esistenziale, possono darsi casi in cui un ordinamento dipenda o meno da un altro. Nella prima classe di casi rientrano le ipotesi di *subordinazione* di un ordinamento rispetto a un altro. In questo senso, può verificarsi un completo assoggettamento che si estrinseca sia nell’ipotesi in cui il dominio è esercitato direttamente (e cioè l’ordinamento superiore sia fonte diretta di quello inferiore), sia nell’ipotesi in cui l’ordinamento superiore conferisce al subordinato il potere di dotarsi di un proprio ordinamento, riconoscendogli così uno spazio di autonomia. In quest’ultima sub-categoria rientrano anche quei casi in cui l’istituzione non

---

<sup>198</sup> Ibidem, p. 145.

nasce per opera dello Stato, che si limita invece a tollerarne la creazione da parte di terzi, senza tuttavia rinunciare a dettare le condizioni per la sua validità.

“Come si vede, in tutti questi casi si hanno degli ordinamenti giuridici, che dipendono interamente da quello dello Stato, perché in sostanza ne fanno parte: o l’integrano essenzialmente, come quelli delle istituzioni pubbliche; o ne costituiscono diramazioni, più o meno remote dal suo tronco, come quelle delle istituzioni private. E si tratta altresì di ordinamenti che esplicano il loro potere sulle stesse persone o cose, su cui si esplica la potestà maggiore dello Stato.”<sup>199</sup>

In altri casi, pur essendoci una relazione di subordinazione-supremazia, la sfera di autonomia può avere carattere originario<sup>200</sup>. Restando nell’ambito del momento dell’esistenza, la rilevanza di un ordinamento giuridico rispetto a un altro può emergere anche con riferimento ai casi in cui un ordinamento costituisca il presupposto di un altro, nonostante il secondo sia subordinato al primo.

Con riguardo alla variabile del contenuto, la rilevanza di un ordinamento rispetto a un altro può verificarsi: quando un ordinamento superiore determina quello inferiore, essendone fonte mediata o immediata o comunque influenzandone il contenuto; quando un ordinamento esercita un’influenza rispetto a un altro in virtù della comune subordinazione a un altro; quando un ordinamento sceglie unilateralmente di determinare il proprio contenuto tenendo conto di un altro ordinamento<sup>201</sup>; quando un ordinamento viene incorporato in un altro.

---

<sup>199</sup> *Ibidem*, . p. 150-151.

<sup>200</sup> A tal fine Romano riporta l’esempio degli Stati membri rispetto allo Stato federale che, pur essendo a essi sovraordinati, non è la fonte che conferisce l’autonomia agli Stati membri. Nella stessa categoria si sviluppano anche i rapporti tra ordinamenti statali e ordinamento internazionale.

<sup>201</sup> Rispetto a tale ipotesi, Romano precisa che questa categoria comprende qui casi in cui un’istituzione limiti la sfera (non solo dell’applicabilità, ma soprattutto) dell’effettivo contenuto

Con riguardo al momento dell'efficacia, Romano considera le ipotesi in cui gli effetti prodotti da un ordinamento giuridico sono in grado di proiettarsi in un altro. Da questo punto di vista separa gli ordinamenti con efficacia solo interna da quelli che possano vantare una anche esterna<sup>202</sup>.

Quando non sussistono le condizioni sopra enunciate, ci si troverà in una situazione di sostanziale irrilevanza di un ordinamento rispetto a un altro<sup>203</sup>. Tuttavia, può darsi il caso in cui un ordinamento sia irrilevante in quanto tale, ma che si riveli rilevante per altri aspetti<sup>204</sup>. Si tratta dei casi in cui un ordinamento, pur essendo irrilevante per un altro, viene preso in considerazione da quest'ultimo che da questo fa derivare conseguenze diverse. Oltre ai casi degli ordinamenti illeciti per il diritto statale che vengono colpiti da sanzione per il solo fatto di esistere, conviene invece prendere in considerazione gli

---

del proprio ordinamento e contemporaneamente stabilisca che, nel campo in cui è arretrato, subentri il contenuto di un altro ordinamento. Romano fa perciò derivare due principi: quello dell'autolimitazione del ordinamento e quello che rinvia all'altro ordinamento. Romano soggiunge (citando Anzillotti rispetto al caso del diritto internazionale), ivi, p. 171: “*Questi due principi sono intimamente collegati, perché il motivo per cui il legislatore dichiara la sua incompetenza a regolare da sé una data materia è che esso riconosce la competenza del legislatore straniero*”. Riveste particolare interesse per il presente studio soprattutto l'ipotesi citata alla pagina seguente, p. 172: “*Nel caso nostro, invece, la materia è considerata giuridicamente rilevante per l'ordinamento dello Stato e quindi per tutte le sue funzioni che possono aver qualche rapporto con essa: per la funzione giudiziaria, per quella amministrativa, e anche per la legislativa. Senonché, in riguardo a quest'ultima, lo Stato non fa uso del potere che avrebbe di regolarla nel suo contenuto; la legge se ne occupa sempre, ma solo negativamente e per far posto all'ordinamento di un altro Stato, che la regola positivamente.*”.

<sup>202</sup> Anche in questo caso, vengono prese in considerazione, tra le ipotesi di efficacia esterna, i seguenti casi: dipendenza totale o parziale di un ordinamento rispetto a un altro; indipendenza degli ordinamenti, con disposizione unilaterale di uno o ciascuno di essi; la presupposizione di un ordinamento rispetto a un altro; la successione di un ordinamento rispetto a un altro.

<sup>203</sup> Romano specifica che all'irrilevanza totale può affiancarsi quella parziale, e che – a seconda dei casi – l'irrilevanza può essere unilaterale o reciproca, cfr. *Ibidem* p. 197.

<sup>204</sup> *Ibidem*, § 45.



ordinamenti che pur essendo irrilevanti per lo Stato, vengono da questo consentiti.

“Invece, un ordinamento, pure non essendo riconosciuto da un altro, per esempio, da quello statale, come un sistema a sé di diritto obbiettivo, può tuttavia esser considerato da esso come un fatto lecito e inquadrato, almeno fino a un certo punto, entro qualcuna delle figure del suo impero. In tale ipotesi, quello che, considerato in sé e per sé, è un ordinamento obbiettivo, si converte, rispetto ad un altro ordinamento, in qualche cosa di sostanzialmente diverso.”<sup>205</sup>.

La disamina dell'opera di Romano sulle relazioni tra ordinamenti giuridici si chiude, infine, considerando l'ipotesi dell'istituzione complessa che comprende al suo interno una molteplicità di sub-istituzioni. Nonostante ciascuna istituzione sia dotata di un proprio ordinamento giuridico, tendenzialmente gli ordinamenti giuridici delle sub-istituzioni formano una parte dell'ordinamento statale. In questo contesto si potranno distinguere due tipi di ordinamenti interni: uno coincidente con l'ordinamento posto dallo Stato per ciascuna sub-istituzione, che è definibile interno solo con riferimento al suo campo di applicazione; l'altro, coincidente con gli ordinamenti posti da ciascuna sub-istituzione per se medesima, che sono interni sia per quanto riguarda il campo applicativo, sia per ciò che concerne la fonte. Il giudizio circa la giuridicità di questi ultimi ordinamenti rimane sospeso a metà: infatti, se rapportati all'ordinamento statale, questi non possono essere considerati sue parti, nonostante lo Stato contempli la loro esistenza; se – invece – rapportati a loro stessi, non v'è dubbio che questi costituiscano un ordinamento giuridico.

---

<sup>205</sup> Ibidem, p. 198. Vale la pena ricordare che, in questa categoria, vengono ricondotti – oltre alle istituzioni o associazioni di fatto – i casi dell'organizzazione dello stabilimento industriale (quando ancora le relazioni datore di lavoro-lavoratore erano interamente impostate sul principio della parità contrattuale) che pur sviluppandosi interamente all'interno dello stabilimento, potevano essere presi in considerazione dal potere giudiziario solo in quanto parte del contratto di lavoro.

In uno dei passaggi finali de “L’ordinamento giuridico” pare potersi intravedere la cornice concettuale in cui possono inserirsi le ipotesi di autonormazione promananti da enti interni allo Stato, tanto che uno dei casi citati per esemplificare questa categoria coincide con i regolamenti parlamentari:

*“essi sono elementi di un ordinamento a sé, di un’istituzione particolare, compresa all’interno di quella statuale, ma distinta, e concernono l’istituzione medesima proprio in quanto resta distinta, non in quanto di riassorbe in quella superiore”<sup>206</sup>.*

## **1.2. Metodologia: i criteri adottati per la presente analisi**

Le coordinate di analisi fornite dall’opera fondamentale di Santi Romano offriranno lo spunto per analizzare il fenomeno autonormativo secondo i principi ivi rintracciati. Tuttavia, si ritiene necessario fissarne degli altri che tengano in considerazione aspetti diversi e che consentano di focalizzare l’attenzione sugli snodi di raccordo tra l’ordinamento statale e quelli autonormati che assumono rilevanza rispetto alla materia penale.

La classificazione che si propone nelle pagine che seguono tende a valorizzare in chiave funzionalistica l’impiego del paradigma autonormativo come strumento per ipotizzare una diversa articolazione delle scelte di politica criminale di contrasto alla criminalità.

Con riguardo a questo profilo, il riferimento corre subito ai principi di frammentarietà e di sussidiarietà del diritto penale, che troppo spesso vengono declamati senza, tuttavia, essere praticati. Già dall’analisi dei modelli

---

<sup>206</sup> Ibidem, p. 222.

anglosassoni, si è potuto percepire come l'uso del diritto riflessivo si candidi a paradigma di controllo sociale alternativo rispetto al quello di *Command & Control*. In particolare, le teorizzazioni scalari imperniate sulla piramide dell'*enforcement* paiono ben attagliarsi a fornire un criterio funzionale di concretizzazione del principio di *extrema ratio*.

Occorre adesso domandarsi in quale misura, l'opzione autoregolativa può essere validamente spesa nel campo penalistico come arma – più mite rispetto alla pena – a disposizione del legislatore per contrastare i comportamenti disvolti laddove il contesto afferisca alle dinamiche dell'organizzazione complessa. È importante, infatti, ribadire che questa ipotesi offre *chances* di successo, solo nella misura in cui i gangli dell'organizzazione complessa e l'expertise dei comitati scientifici possano essere asserviti alle esigenze del diritto penale.

Per calare l'ipotesi nel contesto domestico occorrerà dunque rivolgersi verso la penalistica nostrana. E, in effetti, seppur impostato in termini completamente diversi rispetto ai percorsi seguiti dalla dottrina anglosassone, il dibattito relativo alla ricerca e alla percorribilità delle valide alternative al diritto penale per il contenimento dei fenomeni criminosi moderni si è acceso anche nell'ambito della dottrina penalistica dell'Europa continentale. Il confronto dottrinale si è manifestato soprattutto nel contesto della discussione delle diverse soluzioni propugnate per la gestione dei macro-eventi lesivi potenzialmente innescabili nella c.d. società del rischio. La fenomenologia criminologica dell'età contemporanea mal si presta ad essere sussunta nei *tipi* proposti dal diritto penale classico, con la conseguenza che gli esiti applicativi di quel paradigma rilasciano risposte sanzionatorie “*sproporzionate per*

dimensione: *o irrisorie, o soltanto teoriche perché impossibili nello Stato di diritto.*<sup>207</sup>.

In quel contesto sono maturate le proposte che ipotizzano un abbandono del diritto penale a favore di un intervento più mirato e circostanziato nel contrasto e nella gestione del rischio. Vale la pena rispolverare questa ipotesi che tanta consonanza di intenti esibisce rispetto all'autonormazione come strumento di prevenzione penalistica.

### **1.3. L'attuazione del principio di sussidiarietà e la proposta del ricorso all'*Interventionsrecht***

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, la dottrina penalistica si trova ad affrontare le aporie dettate dalla transizione dal diritto penale classico al c.d. diritto penale moderno. Oltre alle riflessioni che riguardano il mutamento del ruolo, della legittimazione e dello scopo del diritto penale nei nuovi scenari disegnati dalla modernità, una parte della dottrina si focalizza sul tema delle possibili alternative al diritto penale.

Il dibattito relativo alle contraddizioni del diritto penale moderno<sup>208</sup> si è inizialmente polarizzato tra chi sosteneva la perdurante irrinunciabilità

---

<sup>207</sup> Così, testualmente, C.E. PALIERO, *Diritto penale classico versus Diritto Penale Moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?*, in *R. Fac. Direito, Curitiba*, a. 27, n. 27, 1992/93, p. 30, che – più oltre – prosegue: “Ma il problema esiste, ed è quello di una criminalità diffusa in dimensioni tali da non poter essere contenuta da una risposta penale che sia anche razionale e non di mera esorcizzazione tabuistica”.

<sup>208</sup> Per una completa e approfondita disamina del dibattito in questione, comprensiva anche delle voci dottrinali tedesche, si rinvia alla precisa ricostruzione di C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010.

dell'approccio penalistico come mezzo di controllo sociale<sup>209</sup> e chi, invece, ravvisava una cronica inadeguatezza del diritto penale nel fronteggiare i rischi della modernità, prospettandone – quindi – un opportuno indietreggiamento<sup>210</sup>.

Una terzo sentiero è stato battuto da Hassemer, che ha cercato di tratteggiare una via mediana che contemperi l'arretramento del diritto penale tradizionale con l'introduzione del paradigma ad esso alternativo dell'*Interventionsrecht*<sup>211</sup>. In questa prospettiva, nell'area penalistica *stricto sensu* permarrebbe un nocciolo duro (*diritto penale nucleare*) – comprensivo dei reati di danno contro i beni giuridici individuali e dei reati di pericolo più gravi e pregnanti dal punto di vista offensivo – che rimane fedele all'ispirazione del “buon vecchio diritto penale liberale”. Per converso, le aree della modernità, geneticamente refrattarie alla tutela mediante l'arma della pena e che hanno condotto il diritto penale moderno alle aporie sopra evidenziate, andrebbero più saggiamente governate mediante il ricorso al c.d. “diritto dell'intervento”. L'*Interventionsrecht* delineato da Hassemer si distingue dalle altre proposte alternative – tradizionalmente rintracciate nella fuga verso il diritto civile o amministrativo – poiché pensato come diritto sanzionatorio collocato a mezza via tra diritto penale e diritto amministrativo (ma anche tra diritto privato e diritto pubblico). La mutazione di paradigma sarebbe inoltre riflessa sul piano

---

<sup>209</sup> Cfr. C. ROXIN, Conclusioni, in L. Stortoni – L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, p. 462.

<sup>210</sup> In questo senso si è schierata la Scuola Stelliana, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, Giuffrè, 2003; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>211</sup> W. HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 1992, p. 383; ID., *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Auf., Heidelberg, C. F. Müller, 1996, p. 20 ss; ID., *Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik*, in *StV*, 1995, p. 490.

della strategia preventiva: alla prevenzione normativa – percorsa attraverso l’elefantiasi delle fattispecie e l’intensificazione esasperata delle pene che hanno portato alla sclerotizzazione del diritto penale – si sostituirebbe una *prevenzione organizzativa* di carattere tecnico, che si rivelerebbe più efficace in quanto ricalcata sulle specificità mostrate dai rischi tecnologici. Dunque, un’arma meno aggressiva ma più promettente per quanto riguarda la mitigazione del potenziale offensivo espresso dagli illeciti moderni.

Numerose critiche sono state rivolte all’ipotesi di Hassemer: oltre a quelle che si sono appuntate sull’indeterminatezza dei confini, dei presupposti e delle conseguenze del diritto penale dell’intervento<sup>212</sup>, ve ne sono altre che sollevano dubbi rispetto alle derive cui l’adozione di questo paradigma potrebbe condurre. In particolare, si teme che la mitigazione della risposta sanzionatoria all’ordine del giorno nell’agenda di riforma incentrata sull’*Interventionsrecht* possa accompagnarsi al depauperamento delle garanzie penali, obliterando l’essenza del diritto penale liberale attraverso una pericolosa truffa delle etichette<sup>213</sup>. Nella stessa direzione, Lüderssen (che pure prende in seria considerazione l’ipotesi del diritto dell’intervento sociale) esprime alcune remore rispetto all’*Interventionsrecht*:

“(…) il moltiplicarsi delle attività non penali di repressione e prevenzione ci affranca, certamente, dal male di matrice barbarica di una procedura statuale orientata a punire; al suo posto, tuttavia, le suddette attività producono una maggiore entità del controllo sociale complessivo posto in essere dallo Stato. Non è forse questo un prezzo troppo alto?”<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> C. ROXIN, *Conclusioni*, cit., p. 463.

<sup>213</sup> Cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, cit., p. 204 ss; e C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, cit. p. 354, nota n. 528 per le ulteriori voci discordanti.

<sup>214</sup> K. LÜDERSEN, *Tornare al buon vecchio nocciolo duro, liberale e decoroso, del diritto penale?*, in *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005, p. 108.

Nello stesso senso, dopo aver sfatato le preoccupazioni relative alla menomazione delle garanzie determinate che discenderebbero automaticamente dall'abbandono del diritto penale a favore di altri settori dell'ordinamento, Lüderssen precisa:

“Il diritto sociale d'intervento, cui ho fatto cenno in precedenza, consente certo di evitare il lato disumano della pena, ma forse limita in generale la libertà. In effetti si potrebbe dire: per cancellare la disumanità della pena (stiamo sempre parlando di pena *detentiva*) il prezzo non è mai troppo alto. Ma se questo punto di vista fosse portato ai suoi esiti estremi verrebbe in gioco l'immagine di uno Stato di polizia che per coltivare i suoi obiettivi di prevenzione diviene onnipresente.”<sup>215</sup>

Tuttavia, le critiche rivolte all'*Interventionsrecht* sembrano essere superabili qualora si limiti il suo impiego al terreno della responsabilità penale dell'impresa<sup>216</sup>.

“Qui, forse, eccezionalmente, il generico *Sanktionsrecht* può tradursi in un più sofisticato e preciso modello di controllo sociale – in prevalenza – *preventivo*: l'*Interventionsrecht*, appunto, animato in questo caso da una solida griglia di codici etici e protocolli comportamentali *normativizzati* e *coattivamente imposti*. Un fronte nuovo di tutela da giustapporre in sinergia al diritto penale-criminale. Quest'ultimo, a sua volta, deve però restare “*classico*” solo nelle *garanzie* – per il resto deve comunque *modernizzarsi*, se non vuole davvero correre il rischio di vedersi soppiantato *ovunque* da un generalizzato – e questo sì, angosciante – “diritto dell'intervento sociale” che si accolli per successione forzosa tutti i conflitti da due secoli a questa parte appartenenti e gestiti dal diritto penale dei codici. Per sfuggire definitivamente a queste rapide, un codice nuovo deve saper rinnovare la sua materia bruciandosi molti ponti alle sue spalle: la deve rinnovare, soprattutto, su quei terreni – se ne è individuato più di uno – in quel nostro vecchio, buon, sano diritto penale ha davvero il fiato corto.”<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> K. LÜDERSSEN, *Assunzione dei compiti del diritto penale da parte di altri settori del diritto: uno sguardo sull'attitudine alla cooperazione di ulteriori ambiti del diritto pubblico e del diritto civile, nonché sui rispettivi procedimenti*, in *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005, p. 158.

<sup>216</sup> In questo senso C.E. PALIERO, *Diritto penale classico versus diritto penale moderno*, cit., p. 35-36; ID., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220 ss..

<sup>217</sup> Ibidem, *Op. Ult. Cit.*, p. 1250.

#### 1.4. L'autonormazione nell'arsenale del legislatore: relazioni interordinamentali e principio di sussidiarietà

Adesso che sono state poste le fondamenta per condurre la successiva analisi, risulta più che evidente quali siano i nodi cruciali su cui ci si intende concentrare nel prosieguo. Nei prossimi paragrafi verrà stilata una tassonomia tenendo in particolare considerazione i due versanti del raccordo tra ordinamenti e della funzione politico criminale (*rectius* di politica sociale) assegnata di volta in volta all'autonormazione. Come si vedrà, l'incremento del potenziale di efficacia dispiegato dalle fonti autonormative determina un conseguente aumento dell'affidamento che il legislatore ripone in queste fonti. Così, i legami tra fonte autonormata e ordinamento statuale diverranno via via più stretti, sino – addirittura – alla completa integrazione dell'una rispetto all'altro.

Alla luce di queste variabili si è ipotizzata una ricostruzione dei moti di affluenza dell'autonormazione nell'ordinamento in chiave evolutiva, scandita in stadi progressivi. A tal fine occorre distinguere tre momenti fondamentali nell'evoluzione dell'autonormazione penalistica: quello della separazione e dell'alternatività tra paradigma repressivo e paradigma autonormativo (cfr. *infra* §2); quello del raccordo tra i due ordinamenti nell'ottica di una loro complementarietà (cfr. *infra* §3); e, infine, quello di istituzionalizzazione del paradigma autonormativo, che comporta la stabilizzazione dello stesso nell'ordinamento penale (cfr. *infra* §4).



## **2. Autonormazione come paradigma alternativo e parallelo rispetto al diritto penale. Sussidiarietà degli ordinamenti**

Il primo stadio di relazioni tra fonte autonormata e ordinamento statale non prevede un effettivo contatto: semplicemente, le due entità acquisiscono consapevolezza l'una dell'altra. Usando la terminologia proposta dai sociologi che si sono occupati del tema, si può affermare che questa è la fase di osservazione reciproca tra sub-sistemi.

Attingendo, invece, dalla fenomenologia scandagliata nei primi due capitoli, questa ipotesi si concretizza quando la genesi della fonte autonormata è dettata dalla volontà degli afferenti al gruppo sociale che produce tali fonti di occupare uno spazio – quantomeno temporaneamente – libero dal diritto. Come emerso in precedenza, ciò si verifica soprattutto nei settori in cui si prospetta la concretizzazione di un rischio nuovo (o comunque difficilmente pronosticabile), oppure all'indomani di gravi eventi disastrosi che rivelano la forza devastatrice derivante dall'impiego della tecnologia moderna.

In questi casi, come già accennato, l'interesse propugnato dall'organizzazione complessa ed espresso attraverso l'adozione di sistemi di autocontrollo è quello di preservare il proprio ambito di attività dall'intervento della regolamentazione statale. L'autonormazione concede all'organizzazione complessa un cospicuo vantaggio perché consente di disciplinare il proprio settore *in toto* e secondo i moduli preferiti.

In questa fase, la risposta autonormativa – qualora presente – tende a manifestarsi con estrema tempestività non appena emerge una qualche vulnerabilità del sub-sistema, e in alcuni casi, addirittura anticipando la percezione sociale e la manifestazione concreta del rischio. Nel primo caso, l'obiettivo dell'organizzazione complessa sarà quello di dimostrare di essere in grado di governare completamente il proprio ambiente, offrendo soluzioni

performanti e soddisfacenti dal punto di vista preventivo. Nel secondo caso, invece, la prevenzione sarà volta a conseguire una mitigazione del rischio tale che quest'ultimo non sia neppure percepibile come tale dall'esterno, soffocando alla sorgente la nascita di esigenze di tutela correlate a quel campo.

Nell'ambito dell'impresa, un altro fattore alla base dell'adozione autonoma di questi sistemi di prevenzione coincide con l'esigenza di costruire o di mantenere una buona reputazione sul mercato per guadagnare il favore dei consumatori e per evitare che si inneschino i meccanismi delle campagne di denuncia e dei boicottaggi condotti da gruppi di *stakeholders*, attivisti o imprese concorrenti.

Ci troviamo, dunque, nel territorio della autonormazione spontanea e volontaria che nasce sotto la spinta delle pressioni espresse dalla realtà e dal mercato, piuttosto che da quelle dettate dal legislatore.

Tuttavia, il ruolo del legislatore è solo apparentemente passivo. Riportandosi alla teoria della *Responsive Regulation*, anche se non si manifesta un intervento concreto da parte dello Stato, a questo stadio il legislatore sta valutando accuratamente quali esternalità è in grado di produrre l'ente autonormatore per decidere poi se e come intervenire sul settore. Si può dire che lo Stato tolleri l'esistenza della *Self-Regulation* come espressione dell'ordinamento di un'altra istituzione.

Traslando questa fase nelle categorie teorizzate da S. Romano, ci troveremo sicuramente in un contesto di pluralità degli ordinamenti ove una delle istituzioni è rappresentata dallo Stato. L'istituzione autonormatrice è invece incarnata da un'organizzazione che trova nella disciplina statale le sue condizioni di esistenza ma che decreta autonomamente la sua costituzione (parzialmente derivata e parzialmente originaria), che può essere dotata di

personalità giuridica e che è (almeno in parte) subordinata allo Stato, e che produce un ordinamento con finalità particolari ad efficacia solo interna.

L'ordinamento statale è sempre rilevante per quello dell'ente autonormatore, in quanto è in grado di incidere a vario titolo sia sull'esistenza, sia sul contenuto sia sull'efficacia del suo ordinamento. Per converso, in questa fase, l'ordinamento dell'ente autonormato rimane irrilevante in quanto tale per l'ordinamento statale, ma acquista rilevanza sotto altri aspetti.

“Invece, un ordinamento, pure non essendo riconosciuto da un altro, per esempio, da quello statale, come un sistema a sé di diritto obiettivo, può tuttavia esser considerato da esso come un fatto lecito e inquadrato, almeno fino a certo punto, entro qualcuna delle figure che esso attribuisce ai fatti che si compiono nella sfera del suo impero. In tale ipotesi, quello che, considerato in Sé e per sé, è un ordinamento obiettivo, si converte, rispetto ad un altro ordinamento, in qualche cosa di sostanzialmente diverso.”<sup>218</sup>.

Dal punto di vista del principio di sussidiarietà, ci troviamo alla base della piramide dell'*enforcement*, nel punto di massima contrazione dell'intervento statale, che si connota per la totale libertà del mercato e per uno *status* di sostanziale *Deregulation* (*rectius* assenza di regolamentazione). Lo Stato si limita quindi a mettere alla prova le doti preventive che l'organizzazione complessa è in grado di esprimere.

### **3. Il raccordo tra ordinamenti: l'autonormazione come paradigma ausiliario al diritto penale. Ordinamenti concorrenti.**

Allo stadio successivo a quello appena esaminato si giunge nel momento in cui il sistema autonormato acquisisce rilevanza per quello statale. Si passa,

---

<sup>218</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 198.

dunque, dalla reciproca osservazione degli ordinamenti alla comunicazione e allo scambio tra i due. Lo Stato non si limita più alla semplice tolleranza dell'autonormazione, ma – anzi – tende ad incoraggiarla attraverso i diversi espedienti incentivanti o premiali, se non addirittura attraverso l'imposizione di un obbligo autonormativo.

Dal punto di vista dei rapporti intersistemici è qui molto evidente che lo Stato si trovi in una posizione di dominanza in quanto è in grado di determinare: l'esistenza di un ordinamento autonormato, attraverso la sollecitazione delle organizzazioni; il suo contenuto, nel caso in cui oltre a prescrivere il dovere autonormativo si prevedano anche vincoli rispetto alle prescrizioni e alle strutture minime; e l'efficacia dei sistemi autonormativi, nella misura in cui consente a questi ultimi di esplicare degli effetti anche al di fuori del proprio ambito di applicazione.

Tuttavia, se si guarda ai due ordinamenti in chiave funzionalistica, ci si rende conto che entrambi cooperano – pur con motivazioni non sempre coincidenti – al perseguimento della medesima finalità: quella di prevenzione dei fenomeni criminosi. Da questo punto di vista, i due sistemi coesistono si affiancano in una *partnership* preventiva. Breve. Sono ordinamenti concorrenti.

Per analizzare il quadro generale dei movimenti che possono registrarsi a questo stadio, occorre richiamarsi ancora una volta alla piramide dell'*enforcement* alla quale, però, si dovrà guardare questa volta prendendo consapevolezza di un importante *caveat*. Dall'analisi della *Responsive Regulation* sopra condotta, emerge chiaramente che i migliori risultati che questa strategia è in grado di produrre si verificano nei campi che non sono ancora stati “contaminati” dalla regolamentazione statale, in particolare dalla sanzione penale, che dovrebbe costituire il picco della piramide. In linea di principio, la strategia del *Tit-for-Tat* mal si presta, dunque, all'innesto in quei

contesti in cui vi è una proliferazione di sanzioni penali, a meno che non si accompagni a campagne di depenalizzazione. Ma queste non sono sempre praticabili poiché comporterebbero un indebolimento della credibilità del picco della piramide che, come chiarito, costituisce uno dei presupposti per il corretto funzionamento del sistema di *enforcement* piramidale. Basti pensare agli effetti deflagranti che si verificherebbero nelle aree popolate dai reati più gravi ove l'inasprimento sanzionatorio ha costituito il *Leitmotif* della politica criminale degli ultimi decenni. Tuttavia, l'esperienza recente mostra che proprio in questi campi si verificano esperienze in cui l'imposizione del dovere autonormativo si somma all'approccio repressivo tradizionale per rinforzare e differenziare la strategia di contrasto.

Per questo motivo si è deciso di scandire questo stadio in tre sotto-fasi, a seconda della funzione che viene assegnata all'autonormazione nell'ambito dell'approccio ausiliario appena illustrato: suppletiva rispetto al diritto penale, nella prima delle fasi analizzate (§ 3.1); additiva rispetto al diritto penale, nella seconda (§ 3.2); complementare nella terza (§ 3.3).

### **3.1. Autonormazione con funzione suppletiva rispetto al diritto penale**

Questa fase può prendere corpo tanto nei settori scevri dalla regolamentazione statale, tanto in quelli che sono parzialmente disciplinati dalle fonti statali, e da quella penale in particolare. Si tratta, quindi, di ipotesi in cui il legislatore voglia riconoscere tutela a una determinata situazione o introducendo *ex novo* una disciplina di matrice statale prima assente, o potenziando quella già in essere.

Nel caso di assenza totale di una regolamentazione statale, può darsi che nell'ambito di riferimento si sia già manifestata l'autonormazione spontanea

oppure può darsi il caso contrario, in cui gli operatori siano rimasti inerti senza preoccuparsi di offrire soluzioni ai rischi emergenti nel proprio contesto di attività. In questo scenario, lo Stato promuove l'autonormazione come strumento preventivo per un duplice ordine di ragioni: perché vuole rendere omogeneo il grado di partecipazione autonormativa nel settore disciplinato, in modo da forzare anche le organizzazioni che non hanno spontaneamente provveduto ad autonormarsi; perché sceglie di intraprendere un approccio regolativo *soft* che transiti dall'opera creativa delle organizzazioni interessate.

In questo prima costellazione di casi è evidente che l'arma penale costituisce solo una delle molteplici alternative di cui il legislatore può disporre, nondimeno l'autonormazione va ad occupare quello spazio sostituendosi, in concreto, alla risposta penalistica.

Per converso, nei casi in cui già sia prevista una regolamentazione statale nel settore in cui si prospetta un intervento, possono configurarsi due ipotesi: quella in cui la risposta statale non si sia ancora espressa né attraverso l'uso del diritto penale né attraverso il paradigma della autonormazione imposta, si tratterà quindi di aree gestite principalmente attraverso il diritto civile e/o il diritto amministrativo; e quella in cui sia già contemplato un intervento penalistico del legislatore, che però è suscettibile di essere ampliato.

In questi casi l'opzione a favore dell'autonormazione imposta varrebbe a contrastare le tendenze verso l'espansione del diritto penale che hanno ampiamente contraddistinto la politica-criminale degli ultimi decenni che si è sviluppata lungo le direttrici dell'anticipazione incontrollata della tutela penalistica, della legislazione penale simbolica, dell'inasprimento sconsiderato e inefficace delle sanzioni penali.

L'autonormazione servirebbe quindi ad arginare l'affioramento di nuove aree penalmente rilevanti e ad evitare l'inutile estensione di quelle esistenti. Il

ricorso al diritto riflessivo introduce quindi un ulteriore tappa che sul cammino del legislatore prima di raggiungere il confine dell'*extrema ratio* che dimostra l'improcrastinabilità del ricorso alla sanzione penale come strumento di deterrenza.

### **3.2. Autonormazione con funzione additiva rispetto al diritto penale**

Nei territori che, invece, sono già densamente occupati dal diritto penale e in cui non sia possibile ringuainare l'arma penale – per via della gravità dei fenomeni criminosi oggetto di repressione e per le motivazioni sopra espresse in punto di necessità di saldezza della minaccia che occupa il vertice della piramide e che costituisce il perno della sua credibilità – non si potrà che procedere per aggiunta.

Tuttavia, la scelta di impiegare lo strumento autonormativo cumulativamente rispetto a quello penalistico non riposa però su una *ratio* di rinforzo di stampo quantitativo. La decisione di abbinare il paradigma del diritto riflessivo dell'organizzazione complessa a quello repressivo matura per ragioni che attengono alla presa di coscienza dell'ineffettività del sistema rispetto a particolari dinamiche criminose, che conducono al mutamento delle strategie di contrasto per conseguire risultati più proficui.

Un esempio molto eloquente in tal senso e sul quale si ritornerà diffusamente oltre, è fornito dai reati contro la pubblica amministrazione, in particolare quelli corruttivi. Una delle più marcate carenze che causano la sostanziale ineffettività del sistema penale in questo frangente consiste nel divario esistente tra la quantità di reati effettivamente scoperti e perseguiti, e il sommerso del fenomeno corruttivo realmente sussistente. Le iniziative politiche di contrasto alla corruzione hanno ribadito per decenni la risposta

dell'inasprimento draconiano delle pene previste per quei reati, fornendo così una soluzione ricca di simbolismo retorico, rassicurante mediaticamente ed economica dal punto di vista del dispendio di risorse, ma povera di esiti concreti e cieca di fronte al problema della cifra oscura. Per la prima volta, nel 2012, la riforma dei reati corruttivi è stata accompagnata da un mutamento di approccio che sfrutta l'apparato organizzativo della P.A. e l'autonormazione come grimaldello per scardinare quelle dinamiche criminose dall'interno, aumentando il controllo sui processi, creando dei canali che possano spezzare il codice del silenzio vigente potenziando il sistema di *crime detection*.

In buona sostanza, l'uso dell'autonormazione con funzione additiva rispetto al diritto penale fa risaltare il carattere qualitativamente diverso dell'autonormazione, che quindi non va preso in considerazione esclusivamente per la minore afflittività delle conseguenze che produce nella sfera dell'individuo, bensì anche per i risultati che è in grado di produrre. Sarebbe a dire: l'autonormazione non si impone al legislatore come alternativa alla pena solo per il fatto di essere più mite rispetto alla prima, ma anche perché agisce su fronti diversi rispetto a quelli su cui si appunta la minaccia penalistica.

### **3.3. Autonormazione con funzione complementare al diritto penale.**

In questa ultima ipotesi il contatto tra ordinamenti avviene attraverso l'inizio dell'inglobamento degli ordinamenti autonormativi (o comunque di parti di essi) all'interno di quello statale. La peculiarità di questa fase è che il canale di ingresso della fonte autonormata è principalmente quello del processo penale, piuttosto che quello della previsione legislativa.

Si tratta dei casi in cui il giudice fa riferimento a standard esterni alla legge penale come strumento per svolgere una valutazione della condotta



sottoposta al suo vaglio. Il terreno di elezione in cui prende forma questo tipo di relazione tra ordinamento statale e ordinamenti periferici autonormati è costituito dallo scrutinio giudiziale sulla colposità della condotta contestata all'imputato. È sempre più frequente e automatico che il giudice ricerchi (e trovi) negli standard autoimposti dagli operatori del settore il metro di riferimento per condurre il confronto tra la condotta effettivamente tenuta dall'autore e quella che, invece, sarebbe stato auspicabile fosse stata tenuta. La fonte autonormata funge quindi da parametro per l'individuazione della condotta modello promossa dall'ordinamento. In altri casi, la fonte autonormata costituisce una vera e propria integrazione dell'art. 43 c.p. nella misura in cui rinvia genericamente alla violazione di "leggi, regolamenti e discipline" per la configurabilità della colpa specifica.

#### **4. L'istituzionalizzazione del paradigma autonormativo.** **Interazione dinamica tra fonti statali e fonti autonormate.** **Ordinamenti sinergici e integrati**

Nell'ultimo stadio individuato, la simbiosi tra autonormazione e ordinamento penale si consolida e acquista maggiore stabilità. A questa fase si approda soltanto quando il sistema autonormato raggiunge gradi di sofisticazione tanto elevati da essere ritenuto degno, addirittura, di essere formalmente inglobato nel sistema penale. Si tratta di tutti quei casi in cui il legislatore statale rinvia alle fonti particolari riflessive per disciplinare a vario titolo la materia penalistica.

La distinzione rispetto all'ultima sotto-fase precedente consiste nel fatto che il contatto tra l'ordinamento riflessivo e quello statale viene istituzionalizzato mediante il canale della formalizzazione nel diritto positivo.

La scelta del rinvio, che può manifestarsi tanto nella forma del rinvio mobile quanto in quella del rinvio fisso, si traduce in un drastico accrescimento della chiarezza dei termini relazionali tra i due ordinamenti e della certezza del diritto *tout court*. Questo approdo consente, infatti, la massima trasparenza e prevedibilità circa la fonte di produzione e circa i testi richiamati, poiché questi profili sono fissati dal legislatore stesso. Dunque, non sarà più rimesso all'iniziativa e alla diligenza del giudice (e delle parti che lo aiutano nello svolgimento della sua funzione) il compito di individuare la fonte privata rilevante nel caso di specie.

La fonte riflessiva periferica e la fonte statale si ritrovano in qualche misura equiparate nell'ordinamento statale, poiché attraverso il rinvio esplicito alla fonte autonormata quest'ultima viene promossa a fonte di integrazione della fonte primaria.

Dal punto di vista intersistemico, ci troviamo al cospetto dell'ipotesi in cui un ordinamento (quello statale) attribuisce unilateralmente (e sporadicamente) rilevanza ad un altro (quello autonormato) che è tendenzialmente indipendente dall'altro, quantomeno con riferimento al contenuto.

L'aspetto più peculiare di questo stadio evolutivo coincide con l'integrazione dinamica di scambio tra i due ordinamenti, il richiamo alla fonte autonormata permette una relazione quasi negoziale tra organizzazione complessa e Stato. (esempio della contrattazione collettiva).

Dal punto di vista funzionalistico, le due strategie di prevenzione agiscono in sinergia e integrati nella medesima fonte, sintomo che le due costituiscono le componenti essenziali di una tattica di contrasto che contempera *Self-Regulation* e *Command & Control*.

Alcuni esempi di questa tendenza possono essere rintracciati: nella disciplina dettata dall'art. 30 D. Lgs. N. 81 del 2008 che afferma l'idoneità preventiva del sistema di gestione della sicurezza qualora certificato in conformità con i British Standard OSHAS o con le norme ISO; nella disciplina delle linee guida medico-chirurgiche successivamente all'ultima riforma c.d. Gelli-Bianco che escludono la rilevanza penale del comportamento del medico che vi si attenga nei casi in cui è opportuno seguirle.

Il profilo negoziale sopra evidenziato dimostra come le due fonti viaggino su binari paralleli e siano poste sullo stesso piano tanto da dialogare. Oltre oceano questo aspetto si coglie perspicuamente con riferimento alla recente tendenza a gestire la *Corporate Criminal Liability* attraverso lo strumento dei *Non Prosecutorial Agreements* e dei *Deferred Prosecutorial Agreements*. Secondo questo istituto, creato per via pretoria come alternativa rispetto al processo all'ente, la pubblica accusa raggiunge un accordo con la società a determinate condizioni.



# Capitolo 4

## L'AUTONORMAZIONE NEL SISTEMA ITALIANO

Sommario: 1. Tre banchi di prova per il paradigma riflessivo nell'ordinamento interno - 2. I Modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001 - 2.1 Il M.O.G. nel testo del Decreto 231/2001 - 2.2 Metodologia e contenuti del M.O.G. - 2.3 L'analisi del M.O.G. attraverso le categorie dell'autonormazione - 2.4 Le funzioni del M.O.G. nel sistema 231 - 3. I Piani per la prevenzione della corruzione negli enti pubblici - 3.1 La prevenzione della corruzione ex L. 190 del 2012: il sistema delle fonti - 3.2 Il sistema anticorruzione sul piano organizzativo - 3.3 Dal Piano Nazionale Anticorruzione ai Piani per la prevenzione decentrati - 3.4 L'analisi dei piani anticorruzione attraverso le categorie dell'autonormazione - 4. Le Linee guida medico chirurgiche - 4.1 Evoluzione normativa in materia di linee guida medico-chirurgiche - 4.1.1 La rilevanza giurisprudenziale delle linee guida prima del 2012 - 4.1.2 La positivizzazione del rinvio con il decreto Balduzzi - 4.1.3 La riforma del decreto Gelli-Bianco - 4.2 Metodi di adozione e contenuti delle linee guida e dei protocolli - 4.3 L'analisi delle linee guida attraverso la categoria dell'autonormazione.

### **1. Tre banchi di prova per il paradigma riflessivo nell'ordinamento interno**

Conclusa l'analisi sul fenomeno autonormativo in generale e ricavati i criteri di analisi utili allo scrutinio delle fonti autonormate e all'indagine delle relazioni tra queste ultime e l'ordinamento statale, è giunto il momento di volgere lo sguardo verso il sistema penale italiano, per saggiare lo stato dell'arte dell'autonormazione in questo ambito. Nonostante, l'esperienza autonormativa abbia solo recentemente attirato l'interesse della dottrina penalistica, come accennato nel capitolo precedente, esistono da lungo tempo esempi di autonormazione che entrano in contatto a vario titolo con il diritto penale. Tuttavia, è molto più recente l'implementazione dell'autonormazione come

strategia politico-criminale (*rectius* di politica sociale) ausiliaria rispetto al diritto penale tradizionale.

Nella moltitudine di fonti autonormative che si affiancano alla norma penale, si è deciso di selezionarne tre: i modelli di organizzazione e gestione funzionali alla prevenzione del reato d'impresa (e dell'impresa) previsti dal D. Lgs. 231 del 2001 (§ 2); i piani per la prevenzione della corruzione all'interno degli enti pubblici (§ 3); le linee guida e i protocolli medico-chirurgici a supporto dello svolgimento delle attività sanitarie, disciplinate – da ultimo – dalla L. n. 24 del 2017 (§ 4). La scelta è ricaduta su queste tre forme di autonormazione poiché le differenze che contraddistinguono le varie ipotesi denotano con estrema chiarezza l'ampiezza del ventaglio di funzioni che l'autonormazione è in grado di ricoprire, assumendo altrettante declinazioni strutturali<sup>219</sup>.

## 2. I Modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001

Il D. Lgs. N. 231 del 2001 è latore di una rivoluzione copernicana per il sistema penale: l'introduzione di una responsabilità della persona giuridica dipendente dal fatto di reato commesso da soggetti ad essa interni nel suo

---

<sup>219</sup> Il settore delle fonti autonormate come strumento di prevenzione degli infortuni sul lavoro, pur costituendo l'esempio antesignano e paradigmatico dell'uso dell'autonormazione nel nostro sistema, non è stato eletto a banco di prova in quanto costituisce un terreno già ampiamente dissodato e vagliato nei più reconditi dettagli dalla dottrina, che ha svolto ricerche sul punto anche in chiave comparatistica. *Ex multis*, per tutti, si richiamano A.M. STILE - A. FIORELLA - V. MONGILLO, (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Napoli, Jovene Editore, 2014; V. TORRE, *La "Privatizzazione" delle fonti di Diritto Penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, Bononia University Press, 2013

interesse o a suo vantaggio. La novità normativa sgretola il consolidato e granitico dogma compendiato nel brocardo “*societas delinquere non potest*”, che già parte della dottrina penalistica aveva revocato in dubbio.

La responsabilità dell’ente per il fatto di reato ha sollevato il sipario su scenari del tutto inediti che la giurisprudenza ha dovuto affrontare interpretando il canovaccio normativo del decreto, così sollecitando favori e dissensi della dottrina che – avendo scrutinato il fenomeno prim’ancora della sua gestazione, attraverso lo sguardo comparatistico oltreoceano – si è da subito trovata più a suo agio nel commentare gli atti che si susseguono in questa *pièce*, che – nonostante la costante ricerca drammaturgica – non pare ancora aver trovato una precisa sceneggiatura.

Le questioni aperte sono numerose e la bibliografia in materia è ormai vasta, tuttavia non pertiene a questa sede – né rileva ai fini della presente ricerca – l’analisi di tutti i profili emersi in proposito. Si ritiene invece opportuno focalizzare l’attenzione sulla dimensione autonormativa valorizzata dal D. Lgs. N. 231 del 2001: i modelli di organizzazione e gestione per la prevenzione dei reati ascrivibili all’impresa.

## **2.1. Il M.O.G. nel testo del Decreto 231/2001**

Procedendo con ordine, conviene certamente partire dal dato normativo positivizzato nel D. Lgs. 231 del 2001. I modelli organizzativi sono richiamati nel decreto a più riprese, ma sono variegati gli effetti connessi all’adozione e all’attuazione della fonte autonormata si differenziano a seconda delle diverse circostanze in cui questa viene in rilievo.

Il primo riferimento testuale al modello organizzativo si può rinvenire all'art. 6<sup>220</sup> del decreto che si colloca immediatamente dopo la disposizione che chiarisce i criteri di imputazioni oggettivi necessari per ascrivere la responsabilità da reato all'ente: il legame funzionale tra l'autore materiale del reato e l'ente, a seconda del quale le persone fisiche che agiscono per l'ente possono essere ripartite in *soggetti apicali* e *soggetti subordinati*; e l'interesse e/o il vantaggio dell'ente nella commissione del reato<sup>221</sup>.

La distinzione tra *apicali* e *subordinati* sancita dall'art. 5, vale ad affermare criteri di imputazione soggettiva strutturati su geometrie che variano in funzione del soggetto che ha commesso il reato presupposto e in funzione del *munus* autonormativo assolto (o meno) dall'impresa. L'art. 6, rubricato "*Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente*", stabilisce il criterio che determina l'ascrizione della responsabilità nel caso in cui il reato sia realizzato dai soggetti collocati al vertice dell'organizzazione complessa. In questo contesto, l'art. 6 prevede al c. 1 una esenzione della responsabilità per l'ente in grado di dimostrare che:

- a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

---

<sup>220</sup> Sull'art. 6, cfr. A. BERNASCONI, *Art. 6* (commento), in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008, p. 109 ss; B. ASSUMMA-M. LEI, *Articolo 6* (commento), in M. Levis-A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, p. 165 ss; S.M. CORSO, *Codice della responsabilità "da reato" degli enti annotato con la giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 74 ss; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Ets, Firenze, 2012, p. 391 ss.

<sup>221</sup> Art. 5, D. Lgs. N. 231 del 2001: "1. L'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio: a) da persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso; b) da persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a). 2. L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi."



- b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;
- c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;
- d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b).

Rimandando alla successiva analisi ulteriori profili, si può sin da ora notare come, l'esenzione della responsabilità nel caso di reato commesso da un apicale non sia ricondotta alla mera adozione di una fonte autonormata di stampo preventivo da parte dell'organo di indirizzo, ma sia ancorata alla compresenza di un organo di vigilanza credibile in quanto indipendente dalla *governance*<sup>222</sup>, che abbia esercitato effettivamente le sue prerogative di controllo e alla effettiva valenza preventiva del modello in condizioni fisiologiche (*rectius* in assenza di condotte decettive che lo aggirino). Ai fini del nostro discorso, va adeguatamente valorizzata la dimensione sistemica dell'intervento preventivo promosso dallo Stato presso l'ente attraverso la leva della responsabilità, cioè comprensiva tanto della componente autonormativa quanto di quella di autocontrollo.

Ma vi è di più. Entrando nel merito dei contenuti e delle finalità che i modelli di organizzazione e di gestione devono rispettare, l'art. 6, precisa al c. 2:

---

<sup>222</sup> Con le precisazioni di cui ai commi 4 e 4-bis di cui al medesimo articolo, che prevedono: "4. Negli enti di piccole dimensioni i compiti indicati nella lettera b), del comma 1, possono essere svolti direttamente dall'organo dirigente.

4-bis. Nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b).

In relazione all'estensione dei poteri delegati e al rischio di commissione dei reati, i modelli di cui alla lettera a), del comma 1, devono rispondere alle seguenti esigenze:

- a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati;
- b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire;
- c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati;
- d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli;
- e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Tralasciando per un attimo, le indicazioni metodologiche che il legislatore prevede alle lettere a), b) e c) (cfr. *infra* § 2.1.2), pare qui opportuno attirare l'attenzione sulle ultime due previsioni del secondo comma dell'art. 6. Alla lettera d) viene formalizzato come requisito necessario per la corretta strutturazione del modello un meccanismo simile a quello dell'obbligo di denuncia. Il sistema preventivo di matrice aziendale deve quindi contemplare un sistema di *reporting* rinforzato, per agevolare il compito e massimizzare i risultati dell'Organismo di Vigilanza. Tale funzione è stata di recente oggetto di modifiche volte a incentivare le segnalazioni mediante una potenziata tutela delle garanzie di riservatezza e giuslavoristiche riconosciute al segnalante, in modo da neutralizzare le pressioni interne all'ente che potrebbero – di fatto – polverizzare l'efficacia dei flussi informativi.

La lettera e) completa il sistema di prevenzione sopra delineato, aggiungendovi la dimensione squisitamente sanzionatoria che vale a rendere giustiziabili le violazioni del modello e a riconoscere la natura giuridica delle norme sancite dal codice.

Il comma 3 dell'art. 6, che per vero ha trovato scarsa valorizzazione nella prassi giurisprudenziale<sup>223</sup>, introduce un'ipotesi di confronto dialogico tra gli enti (nella forma aggregativa delle associazioni rappresentative) e le istituzioni statali in merito alla capacità preventiva dei codici di comportamento di categoria che fungono da base per l'adozione del modello organizzativo<sup>224</sup>.

L'art. 7, pone invece i cardini per l'attribuzione della responsabilità all'ente nel caso in cui il reato sia stato commesso da un soggetto *sottoposto all'altrui direzione*<sup>225</sup>. In questo caso, è evidente che il diaframma frapposto tra la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica è più consistente, soprattutto in ragione del minor grado di immedesimazione organica tra il soggetto agente e l'ente nel suo complesso. In questo caso l'ente risponde se la commissione del reato è stata resa possibile “*dall'inosservanza degli obblighi di direzione e di vigilanza*”<sup>226</sup>, che risulta comunque esclusa nel caso in cui “*l'ente,*

---

<sup>223</sup> E ciò nonostante siano numerose le associazioni che hanno accreditato le proprie linee guida presso il Ministero della Giustizia. Ad oggi, le Associazioni di categoria con il codice approvato risultano essere 45 e coprono ampi settori dell'imprenditoria.

<sup>224</sup> Art. 6, c. 3 del D. Lgs. N. 231 del 2001: “I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati.”, sul punto cfr. M. PANUCCI-A. TAJANA, *Il ruolo delle associazioni di imprese: le linee guida della Confindustria*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex. D. lgs. 231 del 2001*, cit., p. 405 ss.; C. MANCINI, *Il D. Lgs. N. 231/2001 nell'esperienza dell'associazione bancaria italiana*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex. D. lgs. 231 del 2001*, cit. p. 433.

<sup>225</sup> A. BERNASCONI, *Art. 7 (commento)*, in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al. D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008, p. 163 ss; C. E. PALIERO, *Art. 7 (commento)*, in M. Levis-A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, p. 187; S.M. CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti annotato con la giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 95 ss.

<sup>226</sup> Art. 7, c. 1 del D. Lgs. N. 231 del 2001.

*prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.”*<sup>227</sup>. In questo caso, quindi, l'adozione e l'efficace attuazione di un modello organizzativo idoneo valgono a liberare l'ente dalla responsabilità per il reato commesso dal soggetto subordinato.

Nella prosecuzione dell'articolato, si illustrano le previsioni che il M.O.G. deve contenere e i requisiti per l'efficace attuazione del modello. Sotto il primo profilo, all'art. 7, c. 3 è richiesto che il modello preveda “*in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio*”. Per quanto concerne il profilo attinente alla efficace attuazione del modello, l'art. 7, c. 4 postula un M.O.G. che richieda: “*a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.*”.

Rispetto a quanto già osservato con riferimento all'art. 6, dal punto di vista sistemico-strutturale, la disposizione introduce il requisito del monitoraggio interno sul modello funzionale alla correzione dello stesso qualora vengano scoperte violazioni delle regole autoimposte, ovvero nel caso in cui si verifichino delle trasformazioni riguardanti gli assetti sociali o l'attività svolta.

I modelli di organizzazione e gestione vengono poi richiamati sotto diversa veste nella sezione II del micro-sistema creato dal D. Lgs. N. 231 del 2001

---

<sup>227</sup> Art. 7, c. 2 del D. Lgs. N. 231 del 2001.

dedicata alle sanzioni. Segnatamente, si fa menzione dei M.O.G. all'art. 12 c. 2, lett. b), che riserva una disciplina sanzionatoria più mite (riduzione della sanzione pecuniaria da un terzo alla metà) nel caso in cui, prima del dibattimento – oltre ad avere risarcito il danno cagionato e rimosso le conseguenze dannose o pericolose del reato (o quantomeno si sia adoperato seriamente in tal senso) –, sia stato “*adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”<sup>228</sup>.

Il modello di organizzazione e di gestione viene poi nominato dall'art. 15, c. 3, in cui l'adozione di modelli organizzativi idonei e la loro efficace attuazione vengono contemplate tra le attività di cui il commissario generale deve occuparsi nel corso del suo mandato.

In ultimo, i modelli vengono ulteriormente evocati dall'art. 17 nell'ambito dell'esenzione dall'applicazione delle sanzioni interdittive derivante dalla riparazione delle conseguenze del reato da parte dell'ente. In questo frangente, sempre prima dell'apertura del dibattimento, l'ente è tenuto ad eliminare le “*carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi*”<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> L. D. CERQUA, Art. 12 (commento), in M. Levis-A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, p. 289 ss.; S. SARTARELLI, Art. 12 (commento), in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008, p.192 ss.

<sup>229</sup> Per beneficiare dell'esenzione dalle sanzioni interdittive devono sussistere, cumulativamente rispetto all'ipotesi di cui sopra, anche quella prevista alla lett. a): “l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in tal senso” e alla lett. b): “l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca”.

## 2.2. Metodologia e contenuti del M.O.G.

Passate in rassegna le disposizioni del D. Lgs. N. 231 del 2001 dedicate ai modelli organizzativi, conviene ora concentrare l'attenzione sui contenuti di tali fonti autonormate e sulle metodologie impiegate nell'*iter* autonormativo. Nell'addentrarsi in questa analisi, bisogna porre mente a quanto già illustrato nei capitoli iniziali di questo lavoro in punto di valorizzazione dell'organizzazione complessa come candidato alla *governance* dei rischi prodotti dalla modernità (in questo caso il rischio da criminalità d'impresa) e in punto di esternalità positive offerte dai paradigmi autonormativi<sup>230</sup>.

L'autorganizzazione fomentata dal D. Lgs. 231 del 2001 tende a reclamare la partecipazione dell'organizzazione complessa nella riduzione dell'incertezza delle decisioni interne all'impresa e nella predisposizione di un assetto regolatorio interno che sia improntato – in generale – alla legalità, e – nello specifico – alla prevenzione del reato.

Come già chiarito, il modello autonormativo suggerito dal decreto sembra prescrivere, più che la mera posizione di regole preventive autodefinite dagli organi decisionali dell'ente, l'adozione di un vero e proprio sistema di prevenzione. Le norme contenute all'interno del modello di organizzazione e di gestione intersecano perciò diversi piani: quello *organizzativo generale* (c.d. *organizzazione dell'organizzazione*) che attiene all'organizzazione delle risorse societarie e che prescinde dall'autonormazione *ex* D. Lgs. 231/2001<sup>231</sup>; quello

---

<sup>230</sup> Per tutti, cfr. F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, p. 459 s; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, fasc. 4, pp. 1249-1298; C. PIERGALLINI-C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, fasc. 3/2006, 167-184.

<sup>231</sup> Sul punto cfr. i numerosi contributi raccolti in M. IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, 2016, Bologna, Zanichelli.

*organizzativo specifico*, relativo alle componenti essenziali del sistema di prevenzione ex D. Lgs. 231 del 2001; e quello schiettamente *regolatorio*, riferibile alle prescrizioni di cui l'ente deve dotarsi allo specifico fine di prevenire il reato-presupposto.

Dal punto di vista *organizzativo generale*, le regole preposte a organizzare l'ente sono funzionali a garantire una razionale ripartizione dei compiti tra le risorse umane in modo che l'agire dell'ente sia parcellizzato e capillarmente controllato. La frammentazione del sistema consente quindi all'organizzazione complessa di affrontare le 'irritazioni' che la investono sfruttando la superiorità informativa e l'iper-capacità radicata nel gruppo, piuttosto che nella somma dei singoli componenti dello stesso<sup>232</sup>.

In proposito si coglie distintamente l'eco del pensiero di Luhmann che ravvisava nella ripartizione della società in sub-sistemi lo strumento per la semplificazione della complessità e la riduzione delle scelte possibili attraverso la procedimentalizzazione (*cfr. supra* Cap. I)<sup>233</sup>. Ma forse ancora più netta è la consonanza con la teoria di Santi Romano, nell'ambito della quale la posizione ordinata della *societas* costituisce addirittura un pre-requisito per l'esistenza dell'istituzione e, di conseguenza, del diritto (*cfr. supra* Cap. I).

Spostandosi dal piano teorico a quello della prassi, il dovere di organizzazione coincide normalmente con la formalizzazione della distribuzione delle funzioni, dei poteri, dei controlli e delle correlate

---

<sup>232</sup> C.E. PALIERO- C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, §5 *L'organizzazione complessa come 'sistema' e la 'organizzazione dell'organizzazione*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006.

<sup>233</sup> Per ulteriori approfondimenti sul punto, *cfr.* N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, 2005, p. 249 ss.

responsabilità tra i diversi soggetti interni all'ente. Gli aspetti relativi alla *corporate governance* e alla ripartizione dei poteri e doveri tra organi sociali dettati dal codice civile forniscono una generale articolazione dell'organizzazione societaria, mentre compete a ciascuna società – secondo le proprie esigenze – dettagliare ulteriormente gli assetti interni<sup>234</sup>.

Quanto all'attribuzione dei poteri, essa risulta generalmente dallo statuto societario e viene effettuata mediante deliberazione dell'organo di indirizzo che è competente anche per gli aspetti che riguardano l'autorizzazione delle soglie di spesa su cui ciascun delegato può decidere autonomamente. È possibile che si verifichino ulteriori frammentazioni delle funzioni aziendali alle quali corrispondono altrettante deleghe 'verso il basso', in questo caso la corretta amministrazione dell'ente richiede la formalizzazione di questi ri-assetti organizzativi, in modo che sia sempre tracciata e verificabile l'*organizzazione dell'organizzazione*. Dal punto di vista penalistico, questa fase dell'organizzazione aziendale comporta la “*predisposizione di una griglia capillare di garanti*”<sup>235</sup> che esercitino il loro controllo sulle diverse porzioni di attività cui la funzione esercitata dal soggetto è preposta. In questo contesto, sarà cura degli apici dell'organizzazione dare impulso all'adozione delle cautele specificamente funzionali alla prevenzione dei reati.

Sempre nel contesto dell'organizzazione aziendale rilevano i sistemi di controllo di cui l'ente può dotarsi<sup>236</sup>. Questi sistemi possono fare capo, ancora

---

<sup>234</sup> Cfr. N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Utet, Assago, 2017, p. 2301 ss.

<sup>235</sup> Così C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo. Pt. I*, cit., p. 384 ss.

<sup>236</sup> Specifico sul punto con ampi richiami anche alla dottrina commercialistica N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, cit., p. 2313.



una volta, alla distribuzione delle risorse umane all'interno dell'organizzazione complessa, ovvero ai sistemi informativi di supporto alle attività aziendali. Per quanto concerne le risorse umane, è sempre più frequente la costituzione di funzioni, all'interno della struttura aziendale, specificamente preposte al controllo interno (*Internal Audit*) e alla verifica del rispetto delle normative cui la società deve conformarsi (funzione di *Compliance* aziendale). Dal punto di vista dei sistemi di supporto all'attività dell'ente, acquistano invece crescente importanza i settori dell'*Information Technology*, della sicurezza dei sistemi informatici impiegati e dei sistemi per l'amministrazione contabile<sup>237</sup>.

Tipicamente, queste informazioni sono raffigurate – anche in senso letterale – dall'organigramma aziendale, che restituisce l'immagine delle componenti del sistema e delle relazioni tra le stesse.

Alle regole sull'organizzazione in generale si affiancano quelle che afferiscono al piano dell'*organizzazione specifica*, che vengono espressamente prescritte dal decreto per la creazione di un sistema di prevenzione efficace. In questo contesto, il decreto stabilisce chiaramente sia l'esigenza di istituire: un organismo di vigilanza, specificamente preposto al controllo sul modello; un sistema di flussi informativi verso l'organismo di vigilanza; un sistema sanzionatorio che punisca le violazioni del modello organizzativo.

La figura dell'Organismo di Vigilanza è centrale per la tenuta dell'intero sistema di prevenzione dei reati di impresa<sup>238</sup>. Da questo soggetto dipende

---

<sup>237</sup> Su questi profili cfr. C. PIERGALLINI, *Op. Ult. Cit.*, p. 386.

<sup>238</sup> Sul ruolo dell'O.d.V. cfr. P. BALZARINI, *L'organismo di vigilanza*, in M. Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., p. 447 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit. p. 389 ss.; A. SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 68 ss.; A. FRIGNANI-P. GROSSO, *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in C. Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 381 ss.

l'affidabilità dell'intero apparato di *enforcement* su cui riposa l'effettività del M.O.G.. Proprio a tal fine, il decreto richiede che questo compito sia assegnato a un organismo dotato di '*autonomi poteri di iniziativa e di controllo*' e la giurisprudenza ha per parte sua precisato che un organismo che sia sprovvisto dei requisiti di autonomia ed indipendenza, professionalità e continuità di azione vanifica, di fatto, la tenuta dell'intero sistema di prevenzione.

Tentando di precisare la portata dei requisiti necessari per la nomina di un buon organismo di vigilanza, la prassi ha individuato alcuni corollari funzionali che garantiscono il rispetto dei requisiti stessi<sup>239</sup>.

Sotto il profilo dell'autonomia, le migliori prassi suggeriscono che l'O.D.V.: non debba essere gerarchicamente sottoposto ad alcuno degli organi sociali, la funzione deve essere dunque equi-ordinata rispetto all'organo di vertice; possa intraprendere qualsivoglia attività di ispezione e vigilanza senza previa comunicazione o autorizzazione; sia dotato di un *budget* di spesa di cui può disporre senza dover previamente interpellare il C.d.A.; si doti di un regolamento di funzionamento interno autonormato<sup>240</sup>.

Quanto al requisito dell'indipendenza, sono stati ravvisati quali corollari: l'assenza di situazioni di conflitto di interesse ai fini della nomina; la tendenziale inamovibilità dell'O.d.V. per tutta la durata del suo incarico; la preferibilità della presenza di soggetti esterni all'ente tra i membri dell'OdV;

---

<sup>239</sup> Si farà riferimento principalmente alle linee guida elaborate da Confindustria nell'ultimo aggiornamento rilasciato nel 2014, in merito cfr. M. PANUCCI-A. TAJANA, *Il ruolo delle associazioni di imprese: Le linee guida della confindustria*, in , in C. Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005

<sup>240</sup> CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, 2014, p. 57 ss.

l'incompatibilità del ruolo di OdV con la carica di amministratore dell'ente o di una società controllata o controllante<sup>241</sup>.

Il requisito della professionalità risulta rispettato qualora i membri dell'O.d.V. siano dotati della competenza tecnica necessaria per esercitare il controllo. Dal momento che un esercizio del controllo ad ampio spettro può essere meglio garantito in presenza di saperi diversificati, si ritiene preferibile la nomina di un organismo di vigilanza collegiale invece che monocratico, a meno che quest'ultimo non sia dotato di un cospicuo *budget* che gli consenta di recuperare *aliunde* le competenze di cui è sprovvisto personalmente<sup>242</sup>.

Quanto alla *continuità* di azione, anche se esistono pronunce giurisprudenziali che sostengono che il requisito sarebbe rispettato nel caso in cui esista una struttura dedicata a tempo pieno alla attività di vigilanza<sup>243</sup>, si ritiene più realistico leggere in questa prerogativa la necessità di una stabile organizzazione dell'O.d.V. che garantisca costanza nel tempo alla sua attività. In questo senso, riveste particolare rilevanza l'esistenza di una pianificazione dell'attività dell'O.d.V. e della corretta tenuta della documentazione dell'organismo, la presenza di un componente interno alla società che garantisca l'effettivo costante contatto con la realtà aziendale, oppure – negli organismi collegiali – la presenza di una segreteria tecnica, l'assegnazione di un *budget* commisurato alle esigenze cui lo stesso deve assolvere<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> IBIDEM, p. 55-59

<sup>242</sup> IBIDEM, p. 59-60.

<sup>243</sup> Cfr. GIP Trib. Roma, 4 aprile 2003

<sup>244</sup> IBIDEM, p. 60-61.

Un'altra struttura organizzativa che il decreto prescrive di introdurre nell'apparato societario consiste nell'istituzione di *flussi informativi* diretti verso l'O.d.V. che assumano la connotazione di veri e propri obblighi. Il sistema dei flussi informativi è stato potenziato e ulteriormente istituzionalizzato attraverso l'ultima riforma intervenuta in materia<sup>245</sup>. A tal proposito, l'ente deve dotarsi di canali di segnalazione interna strutturati in modo da garantire la riservatezza e la tutela del *whistleblower* da potenziali ritorsioni conseguenti alla denuncia delle attività illecite rilevate, ma che al contempo mettano al riparo i soggetti denunciati dall'ipotesi di segnalazioni generiche e non

---

<sup>245</sup> Il sistema di reportistica sancito all'art. 6, c. 2, lett. d) ha subito di recente un'ulteriore specificazione da parte dell'art. 2, comma 1, L. 30 novembre 2017, n. 179, rubricata "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato" che ha introdotto i c. 2-bis e 2-ter e 2-quater all'articolo del decreto. Vista l'importanza degli intarsi nel sistema 231, pare opportuno riportare il testo delle disposizioni aggiunte. Art. 6, c. 2-bis: "I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono: a) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione; b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante; c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione; d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate." Art. 6, c. 2-ter: "L'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma 2-bis può essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo." Art. 6, c. 2-quater: "Il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante è nullo. Sono altresì nulli il mutamento di mansioni ai sensi dell'articolo 2103 del codice civile, nonché qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante. È onere del datore di lavoro, in caso di controversie legate all'irrogazione di sanzioni disciplinari, o a demansionamenti, licenziamenti, trasferimenti, o sottoposizione del segnalante ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro, successivi alla presentazione della segnalazione, dimostrare che tali misure sono fondate su ragioni estranee alla segnalazione stessa."

circostanziate, se non addirittura false<sup>246</sup>. Il decreto, come da ultimo riformato, prevede inoltre l'introduzione di almeno un canale alternativo di segnalazione che permetta che quest'ultima sia effettuata secondo modalità che consentano di mantenere la riservatezza dell'identità del segnalante mediante l'uso di supporti informatici. Queste disposizioni sono evidentemente orientate a massimizzare i risultati conseguibili mediante il meccanismo diffuso di detezione delle condotte illecite che sfrutta ogni singolo componente dell'organizzazione come agente dell'*enforcement* dell'autonormazione d'impresa. Si mira, evidentemente, all'abbattimento della *cifra nera* delle condotte devianti rispetto al modello di *compliance* aziendale al fine di impedire l'attecchimento di forme di *anomia*<sup>247</sup>.

A completamento del sistema di *enforcement* aziendale, l'organizzazione dell'impresa secondo le specifiche esigenze del Decreto 231/2001 comporta l'istituzione di un sistema disciplinare idoneo a reprimere le violazioni del modello<sup>248</sup>. Il decreto non specifica in dettaglio quali connotati tale sistema debba assumere, pertanto si riscontra nella prassi una varietà di soluzioni. In molti casi, il sistema sanzionatorio viene mutuato dal sistema disciplinare giuslavoristico già presente all'interno dell'organizzazione complessa, tuttavia, questa soluzione lascia parzialmente scoperta la disciplina dei dirigenti, a cui non sarebbero applicabili le sanzioni conservative, e quella degli amministratori

---

<sup>246</sup> A. SERENI, *L'ente guardiano*, cit., p. 108

<sup>247</sup> C. PIERGALLINI, *Op. Ult. Cit.*, § 4.5.

<sup>248</sup> CONFINDUSTRIA, *Linee Guida*, cit., p. 49 ss.; cfr. A. SERENI, *L'ente guardiano*, cit., p. 103 ss.; con specifico riferimento al sistema di salute e sicurezza sul lavoro, cfr. V. VALENTINI-F. MORELLO, *Sanzioni disciplinari e modello di organizzazione della sicurezza aziendale*, in A.M. Stile-A. Fiorella-V. Mongillo, *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014, p. 287 ss..

che sarebbero raggiungibili soltanto dall'azione di responsabilità di matrice codicistica<sup>249</sup>. Per questo motivo è sempre più comune l'adozione di sistemi disciplinari convenzionali *ad hoc* che garantiscano più adeguatamente la diversificazione, la gradualità e la proporzione delle sanzioni per le infrazioni del modello.

È consuetudine ormai consolidata nella prassi e cristallizzata nelle raccomandazioni elaborate dalle associazioni di categoria la strutturazione del modello organizzativo in due parti: quella generale e quella speciale. Tutte gli assetti organizzativi sino ad ora esposti confluiscono tipicamente nella Parte La parte generale del modello che serve a presentare la società attraverso la rappresentazione dell'architettura societaria: dal punto di vista giuridico, mediante la comunicazione della forma societaria prescelta, dell'esercizio e/o la sottoposizione all'attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*, degli scopi perseguiti e dell'attività svolta; sotto il profilo organizzativo, attraverso l'esposizione dell'articolazione dei poteri e delle responsabilità degli organi sociali di indirizzo e di controllo; infine, sotto il profilo organizzativo specifico *ex D. Lgs. N. 231 del 2001* con la introduzione dell'organismo di vigilanza, dei canali per veicolare i flussi informativi, e del sistema disciplinare volto a sanzionare le infrazioni del modello.

Il *trait d'union* tra la parte che disciplina l'organizzazione della società e quella squisitamente regolatoria è costituito dal *Codice Etico*, che ha scarsa valenza prescrittiva e serve principalmente ad esplicitare i valori e i principi ispiratori che guidano l'ente nel perseguimento dei propri scopi. Mediante il *Codice Etico* l'organizzazione dimostra la propria disponibilità ad informare

---

<sup>249</sup> In merito alle specificità delle sanzioni nei confronti dei soggetti apicali cfr. A. BERNASCONI, *Art. 6*, cit., p. 153.

l'attività sociale alle finalità promosse dall'ordinamento statale e il proprio impegno a promuovere la cultura della legalità al suo interno. Al di là della valenza dichiarativa delle disposizioni contenute nel *Codice Etico*, per evitare che il testo si traduca in una mera proclamazione di intenti, è necessario che i principi ivi espressi vengano letti in chiave programmatica e concretamente attuati nella fase regolatoria del modello, cioè quella speciale. In questo senso il Codice Etico si pone al crocevia tra parte generale e parte speciale del modello. Per questi motivi, un modello privo di una parte speciale e che riduca la componente normativa esclusivamente al Codice Etico assume una valenza solo simbolica, o – al più – comunicativa.

La componente regolamentare del M.O.G. confluisce, quindi, in larga misura nella parte speciale del modello che contiene la disciplina dettagliata delle cautele volte a prevenire i reati contenuti nel catalogo dei reati-presupposto selezionati dal D. Lgs. 231 del 2001. La strutturazione della parte speciale dei modelli conosce diverse declinazioni nella prassi: esistono modelli che ripartiscono la parte speciale in sezioni ciascuna corrispondente a uno degli articoli della parte speciale del decreto<sup>250</sup>; altri che la strutturano funzionalmente alla scansione dei processi produttivi dell'ente<sup>251</sup>; altre ancora che, in maniera più schematica, si limitano ad illustrare le procedure e i

---

<sup>250</sup> Questa opzione rende più agile l'aggiornamento del modello a seguito delle novità legislative derivanti dal costante ampliamento del catalogo dei reati presupposto, ma tende ad appesantire l'esposizione con l'inutile ripetizione delle medesime cautele per i diversi rischi reato.

<sup>251</sup> In questo caso, ciascuna sezione segnala quali reati sono stati ritenuti rilevanti con la conseguenza che alcune figure criminose possano restare escluse in quanto non ritenute a rischio. Onde evitare di prestare il fianco a obiezioni di incompletezza preventiva, si ritiene sia preferibile dare conto delle motivazioni che hanno determinato l'esclusione.

protocolli implementati per la prevenzione di ciascun reato, anche tramite tabelle di corrispondenza tra procedura e reato<sup>252</sup>.

Alla varietà di soluzioni espositive si contrappone, un ormai marcato consolidamento in relazione ad alcune componenti imprescindibili del modello e alle metodologie che devono essere utilizzate per giungere alla determinazione delle cautele finali.

Tra le cautele espressamente previste dal Decreto emerge, in primo luogo, quella riferibile alla procedimentalizzazione del processo di decisione aziendale. Nell'affermare la necessità di “*prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l’attuazione delle decisioni dell’ente in relazione ai reati da prevenire*” il decreto sembra indicare la via per la procedimentalizzazione dei processi decisionali interni all’ente. La procedimentalizzazione delle decisioni dell’ente viene scandita nei seguenti passaggi: la fase dell’*iniziativa*, in cui viene elaborata una proposta corredata dalla documentazione a suffragio della stessa da parte della funzione proponente; la fase del *consiglio*, che comporta il coinvolgimento delle altre aree interessate attraverso l’espressione di un parere circa la realizzabilità e la sostenibilità della proposta; fase dell’*approvazione*, in cui l’organo di vertice competente decide in merito alla proposta; fase dell’*esecuzione*, in cui viene curata la corretta ed effettiva attuazione della decisione che viene in questa fase formalmente archiviata. La formalizzazione dei passaggi consente la

---

<sup>252</sup> Questa soluzione risulta particolarmente utile ai fini del controllo interno poiché crea una sorta di *check list* a disposizione di chi deve svolgere le verifiche, ma ha scarsa portata formativa e comunicativa per i destinatari delle procedure e dei protocolli e per i soggetti terzi (tra cui il giudice), in quanto non vengono esplicitate la *ratio* e le valutazioni sottese alla scelta organizzativa.



tracciabilità di tutte le fasi del processo che divengono così verificabili, trasparenti e non alterabili<sup>253</sup>.

Questo tipo di cautele sembra porsi in continuità con le norme organizzative relative alla frammentazione dei poteri e alla segregazione delle funzioni strumentali alla eliminazione della concentrazione eccessiva dei poteri decisionali. La disciplina dell'attività decisionale costituirebbe, dunque, il *pendant* procedurale delle norme sull'organizzazione interna, che in queste trovano ulteriore concretizzazione pratica. Per questo motivo si ritiene che le cautele procedimentali rivestano una duplice funzione: quella *cautelativa*, improntata alla realizzazione del principio di *segregazione delle funzioni* e alla *distribuzione dei poteri decisionali*, che è in effetti solo prodromica rispetto alla prevenzione dei reati-presupposto; e quella *mediatamente cautelare*, che prende corpo nel momento in cui la cautela procedimentale viene associata a una regola sostanzialmente e direttamente preventiva del reato<sup>254</sup>.

Un altro imprescindibile elemento che il modello deve contenere coincide con la procedura che individui le “*modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati*”. Anche in questo caso il decreto non vincola l'ente rispetto ai mezzi da impiegare per raggiungere il risultato auspicato, ma si limita alla imposizione di un vincolo di risultato, o meglio, di contenuto del modello idoneo.

Le ulteriori indicazioni fornite dal decreto sembrano porsi, invece, in una prospettiva diametralmente opposta. Rispetto all'autonormazione delle specifiche cautele, l'indirizzo fornito non attiene agli esiti finali a cui il modello

---

<sup>253</sup> Per questa ricostruzione dei processi decisionali aziendali cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit., p. 846 e, come ivi citato, H. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, p. 172.

<sup>254</sup> Cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit., p. 847.

deve pervenire, ma piuttosto indica la metodologia da impiegare per addivenire a una corretta elaborazione delle regole preventive. La scienza dell'autonormazione di impresa pare così prospettare una tendenziale libertà dei risultati finali (ferma la cruciale verifica giudiziale circa l'idoneità che deve manifestare una tenuta superabile solo mediante elusione fraudolenta), a cui si accosta una vincolatività dei mezzi e del procedimento impiegati per giungere alla norma finale. In questo senso la meta-autonormazione prescrive un metodo prima ancora che un risultato, che – proprio in ragione della *customizzazione* delle cautele che ispira l'opzione a favore della normazione riflessiva nell'ente – sono difficilmente standardizzabili<sup>255</sup>.

In questo frangente, la normativa 231 rispecchia perfettamente i canoni metodologici che sono stati analizzati nell'ambito della descrizione delle costanti (analisi e governo del rischio) propedeutiche all'elaborazione di fonti autonormate<sup>256</sup>. La corretta formalizzazione delle cautele esige infatti il passaggio attraverso tutte le tappe che costituiscono il procedimento di *risk management*: mappatura dell'attività aziendale secondo la scansione dei

---

<sup>255</sup> Cfr. CONFINDUSTRIA, *Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo. Parte Generale*, p. 32: "La gestione dei rischi, dunque, è un processo maieutico che le imprese devono attivare al proprio interno secondo le modalità ritenute più appropriate, pur sempre nel rispetto degli obblighi stabiliti dall'ordinamento. I modelli che verranno quindi predisposti ed attuati a livello aziendale saranno il risultato dell'applicazione metodologica documentata, da parte di ogni singolo ente, delle indicazioni qui fornite, in funzione del proprio contesto operativo interno (struttura organizzativa, articolazione-territoriale, dimensioni, ecc.) ed esterno (settore economico, area geografica, contesto naturalistico, ecc.), nonché dei singoli reati ipoteticamente collegabili alle specifiche attività dell'ente considerate a rischio."

<sup>256</sup> N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, cit., p. 2310; S. CAMPANALE, *Sistemi di gestione e di controllo nelle società italiane e company governance rules statunitensi*, in C. Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi*, cit., p. 278 ss.; nello stesso volume collettaneo, per un approfondimento sul campo, si vedano i contributi di S. Sansonetti (p. 327); I. Piazzolli-F. Egidi-M. Monterisi (p. 341); E. Nitti (p. 361) che analizzano le risultanze della analisi e valutazione dei rischi di alcune imprese di primaria importanza.

processi che la compongono; individuazione delle aree esposte al rischio-reato e loro mappatura; misurazione del *rischio inerente* e del *rischio residuale* (al netto dei controlli già esistenti); gestione del rischio residuale mediante l'implementazione di cautele ulteriori funzionali alla sua mitigazione che deve tendere allo standard di tolleranza espresso dal decreto (idoneità, adeguatezza ed effettività superabili solo mediante elusione fraudolenta).

Le cautele così elaborate sono quelle sostanzialmente cautelari in quanto direttamente correlate alla prevenzione del rischio-reato. Questo tipo di regole vengono create infatti con la specifica finalità di ridurre il rischio reato, seguendo il criterio di *copertura del rischio tipico* utilizzato come meccanismo di ascrizione della colpa nel paradigma imputativo individuale<sup>257</sup>. La struttura conforme al criterio da ultimo individuato risulterebbe confermato dalle indicazioni provenienti dalla prassi, che richiedono di prendere in considerazione le possibili modalità attuative del reato al fine di elaborare correttamente la cautela<sup>258</sup>.

A chiusura del sistema di regole cautelari, va segnalata la necessità di corredare i protocolli cautelari dell'ente con strumenti di controllo che permettano la *liaison* con l'apparato organico dei controlli interni dislocati tanto sul piano *organizzativo generale* (collegio sindacale, *Internal Audit*, altri organi di controllo interno specifici per materia) quanto sul piano *organizzativo specifico ex decreto*. Questo consente il costante monitoraggio sul

---

<sup>257</sup> C. PIERGALLINI, *Op. Ult. Cit.*, p. 847.

<sup>258</sup> CONFINDUSTRIA, *Linee guida*, cit., p. 35: "L'analisi dei potenziali rischi deve aver riguardo alle possibili modalità attuative dei reati nelle diverse aree aziendali, individuate secondo il processo di cui al punto precedente. L'analisi, finalizzata ad una corretta progettazione delle misure preventive, deve condurre a una rappresentazione, il più possibile completa, di come le fattispecie di reato possono essere attuate rispetto al contesto operativo interno ed esterno in cui opera l'azienda."

funzionamento preventivo del sistema e sull'effettivo rispetto delle prescrizioni formalizzate dai protocolli.

### 2.3. L'analisi del M.O.G. attraverso le categorie dell'autonormazione

Alla luce della disamina svolta, è possibile adesso collocare l'autonormazione di 'matrice 231' all'interno delle categorie individuate nei capitoli precedenti.

In primo luogo, è evidente che i modelli 231 non costituiscano una ipotesi di autonormazione spontanea e volontaria, rientrando sicuramente – invece – in una dei casi di *autonormazione prevista dallo Stato*. In proposito, occorre però specificare se i modelli organizzativi costituiscono un'ipotesi di autonormazione obbligatoria ovvero facoltativa ovvero incentivata. Il vero dubbio interpretativo riguarda, in realtà le prime due ipotesi e si è posta in dottrina nell'ambito del dibattito che configura il dovere organizzativo dell'ente come onere piuttosto che come vero e proprio obbligo.

Restando aderenti al tenore letterale del decreto, per vero, non pare potersi individuare un obbligo imperativo di auto-organizzazione, il che può dedursi dall'assenza di sanzioni svincolate dalla commissione del reato per la mancata adozione del modello nonostante si siano moltiplicate le prescrizioni in tal senso in molti settori dell'ordinamento<sup>259</sup>. Per vero, l'unico frangente in cui può desumersi un vero e proprio obbligo di adozione del modello, pare

---

<sup>259</sup> Sul punto, cfr. N. ABRIANI, *Il modello di prevenzione dei reati*, cit., p. 2317; D. LABIANCA, *La responsabilità penale dell'impresa tra soft law e compliance programs*. Per un caso che ricalca perfettamente i tratti dell'autonormazione *facoltativa* cfr. F. TOSI, *La regione Sicilia "premia" le strutture sanitarie private accreditate che adottano modelli di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 27 luglio 2011.

essere quello di commissariamento giudiziale dell'ente, in quel caso il dovere di auto-organizzazione pare ricadere nel cono degli obblighi che il commissario è tenuto ad assolvere durante il suo mandato.

Se per l'opzione a favore dell'autonormazione facoltativa militano l'argomento letterale, confermato dal dato testuale – sempre riferibile all'onere – rinvenibile nella relazione al decreto e gran parte delle opinioni dottrinali, occorre tenere conto del fatto che sono in continua espansione i casi in cui l'adozione del modello viene prescritta come obbligatoria<sup>260</sup>. Inoltre, parte della dottrina ha segnalato come il dovere di corretta organizzazione sia rintracciabile a partire dal diritto societario di matrice civilistica come risultante dopo la riforma del 2003. Segnatamente, nell'art. 2381 c.c. nella misura in cui prevede, con riferimento alle società azionarie, l'obbligo gravante sugli “*organi delegati di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato, a sua volta, a “valutare” tale adeguatezza*”<sup>261</sup>.

Quanto al raffronto con le teorizzazioni che ipotizzano un confronto nel merito tra Stato e agenzia autonormativa, stante la sostanziale disapplicazione dell'art. 6, c. 3 del decreto, che prevede un'ipotesi di verifica *ex ante* delle *guidelines* di categoria per l'adozione del modello da parte di soggetti ministeriali, la fase di sindacato giudiziale costituisce l'unico canale che lascia

---

<sup>260</sup> Per una rassegna delle ipotesi in cui l'adozione del modello viene prevista come obbligatoria e una panoramica sulla dottrina che la ritiene facoltativa cfr. A. BERNASCONI, sub art. 6, in *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, Cedam, 2008. Per le emergenti ipotesi di obbligatorietà del modello cfr. anche M. COTTADORI, *L'adozione del modello 231 da facoltà ad obbligo per le imprese*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2010.

<sup>261</sup> Così, testualmente, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica del controllo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d. lgs. 231/2001)*, Parte I, in *Cassazione Penale*, 1/2013, p. 382-383.

sfogo alle logiche di *Meta-Regulation*. La sede giudiziale costituisce, dunque, l'unica fase di verifica e di eventuale correzione dell'autonormazione di impresa, che – tuttavia – proprio in ragione della sua postergazione rispetto al fatto di reato, giunge naturalmente in ritardo rispetto alle esigenze preventive. Nel caso del modello riparatorio, sembrano invece innescarsi le dinamiche tipiche dell'applicazione differenziale delle strategie regolatorie dislocate lungo la piramide dell'enforcement di Braithwaite.

#### 2.4. Le funzioni del M.O.G. nel sistema 231

Spostandosi sul piano inter-ordinamentale, è interessante notare come i modelli di organizzazione e gestione entrino in contatto con l'ordinamento statale in diversi momenti. *In primis*, può certamente escludersi che i M.O.G. rientrino nel primo degli scenari evolutivi scanditi nel capitolo 3, cioè quello nell'ambito del quale la fonte autonormata rimane irrilevante – quantomeno di fatto – per l'ordinamento giuridico statale. Tuttavia, come si avrà modo di illustrare, il raccordo tra la fonte autonormata della *societas* e l'ordinamento statale si atteggia mutevolmente a seconda del momento in cui i due sistemi entrano in relazione. In particolare si ritiene utile distinguere: da una parte, in astratto, i momenti del *rinvio legislativo* al M.O.G. e del *controllo giudiziale* sull'idoneità ed efficace attuazione del modello; dall'altra, in concreto, il caso in cui l'adozione del modello avvenga prima ovvero dopo la commissione del reato.

Il primo e più evidente contatto è rinvenibile sul piano legislativo negli articoli sopra segnalati. Già per via legislativa emerge però la seconda delle distinzioni segnalate: l'ipotesi descritta dall'art. 6 e 7, che riflette i casi di adozione del modello prima della commissione del reato; e le ipotesi

contemplate agli artt. 12, 15 e 17, in cui il modello interviene *post patratum crimen*. Nel primo caso è evidente che lo Stato solleciti l'adozione del modello al fine di reclamare la collaborazione dell'ente nella prevenzione delle condotte criminose che possono germinare in seno all'organizzazione complessa. La leva utilizzata per la *chiamata alle armi* coincide con l'agitazione dello spettro della responsabilità gravante sull'ente qualora il reato, successivamente si verifichi. Nel secondo caso, la logica negoziale e premiale che alimenta le condotte riparatorie poste in essere dopo il fatto, valorizza la dimensione preventiva (che prevale su quella repressiva nella fase di irrogazione della pena) ma attraverso un meccanismo negoziale, in cui pare potersi intravedere la logica del *Tit-for-Tat* prospettata nell'ambito della *Responsive Regulation* teorizzata da Braithwaite.

In chiave politico-criminale è evidente che il paradigma autonormativo possa ascrivere alla macro-categoria degli strumenti ausiliari al diritto penale (Cap. 3, § 3). Se si guarda all'ordinamento penale nel suo complesso, l'introduzione di una responsabilità dell'ente dipendente da reato raccordata al mancato o inefficace assolvimento del dovere autonormativo, in via cumulativa rispetto alla responsabilità penale della persona giuridica, si può rinvenire una strategia di rinforzo del sistema penale. Da questo punto di vista, il D. Lgs. 231 del 2001 si pone come strategia additiva rispetto al diritto penale nucleare, l'autonormazione ivi prevista costituirebbe quindi un'appendice di questa strategia additiva. Per converso, invece, se si guarda ai rapporti tra i modelli organizzativi e il micro-sistema 231, l'autonormazione risulta profondamente interconnessa con la struttura stessa dell'illecito dell'ente, pertanto ricade nella diversa ipotesi in cui l'autonormazione costituisce un'articolazione del sistema integrata all'interno dello stesso.

Il secondo momento di raccordo tra ordinamento statale e modelli 231 si consuma nell'ambito del processo penale, nel momento in cui il giudice (in verità, prima ancora dovrebbe essere il P.M.) vaglia l'idoneità del modello di organizzazione e gestione a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. Questo secondo contatto è del tutto eventuale e rimane sullo sfondo delle relazioni Stato-Impresa fintantoché l'ente non sia chiamato a rispondere del reato nell'ambito del processo. Nel contesto del processo penale, il giudice entra nel merito delle cautele studiate dall'ente per mitigare il rischio di verifica del reato ed esercita il suo sindacato sulla idoneità preventiva del M.O.G., che dovrebbe essere valutata *ex ante* alla luce delle conoscenze disponibili al momento della commissione del reato. Tuttavia, il controllo giudiziale avviene sempre in un momento successivo rispetto all'adozione della fonte autonormata, e risulta sospeso sino al manifestarsi di un sintomo della situazione patologica riscontrabile nella commissione del reato da parte di uno dei soggetti incardinato nella sua struttura che abbia commesso il fatto nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Proprio questa circostanza tende a portare alla deriva del *post hoc ergo propter hoc* la valutazione giudiziale del modello organizzativo.

Ancora diverso è il caso del modello *post factum* che interviene come condotta riparatoria dell'ente nella fase processuale. In questo caso, sia la fonte autonormata sia il vaglio giudiziale di idoneità intervengono successivamente alla commissione del fatto e sono – questa volta a ragion veduta – condizionati dalle specificità del caso concreto. La *ratio* del modello riparatorio è infatti quella di porre rimedio alle criticità concretamente riscontrate nell'organizzazione dell'ente al fine di prevenire la ripresentazione del medesimo scenario nel futuro. Il caso concreto costituisce la base e l'occasione per l'apertura (o ri-apertura) della fase di *risk assessment*.



### 3. I Piani per la prevenzione della corruzione negli enti pubblici

Un altro esempio di fonti autonormate che hanno trovato applicazione di recente all'interno del nostro sistema penale è rappresentato dai piani per la prevenzione della corruzione introdotti con la L. 190 del 2012 rubricata "*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*" (c.d. Legge Severino). Già dalla rubrica della legge è possibile desumere l'approccio multifattoriale prescelto come strategia di contrasto dal legislatore del 2012<sup>262</sup>, che – optando anche per il rimedio preventivo – supera la tradizionale polarizzazione concentrata esclusivamente sul versante dell'inasprimento sanzionatorio dei fenomeni corruttivi<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> L'intento del legislatore è espresso a chiare lettere nell'esordio della Relazione al disegno di legge: "Il disegno di legge si compone di tre capi, che corrispondono ad altrettanti «pilastri» dell'azione di contrasto alla corruzione e all'illegalità nel settore pubblico: prevenzione generale, controlli mirati e sanzioni. Il capo I contiene misure per la prevenzione del fenomeno corruzione, frutto di un cambiamento culturale, prima ancora che giuridico, e che riflette un approccio multi disciplinare, nel quale i tradizionali strumenti sanzionatori rappresentano solamente alcuni dei diversi fattori per la lotta alla corruzione e all'illegalità nell'azione amministrativa".

<sup>263</sup> Questo aspetto della legge ha riscontrato il favore della dottrina, che ha salutato con favore l'introduzione di una strategia di prevenzione non incentrata esclusivamente sulla repressione dei fenomeni criminosi in senso stretto. Cfr. R. BARTOLI, *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 11, pp. 1507-1520; M. CLARICH – B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B. G. Mattarella – M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 59 ss.; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in ), in B. G. Mattarella – M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 71 ss.; F. DI CRISTINA, *I piani della prevenzione della corruzione (art. 1 commi 5-14)*, in B. G. Mattarella – M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 91 ss; nello stesso senso, già prima dell'introduzione della l. 190/2012 P. DAVIGO-G. MANNOZZI, (a cura di), *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2007; B. G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione alla corruzione*, in *Percorsi Cost.*, 2012, p. 17; G. FORTI, *La corruzione del pubblico amministratore. Linee di un'indagine interdisciplinare*, Giuffrè, Milano, 1992; F. PALAZZO, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, Firenze, 2011.

Anche in questo caso, l'opzione legislativa è ricaduta su modelli autonormativi di stampo preventivo che hanno la funzione di creare un ambiente ostile all'attecchimento dei fenomeni criminosi che affliggono la pubblica amministrazione attraverso la corretta organizzazione degli enti pubblici e la predisposizione di cautele preventive. Va subito specificato che il *target* dell'intervento legislativo riguarda i fenomeni criminosi corruttivi intesi in senso ampio, cioè tutte le fattispecie ricomprese nella categoria dei reati contro la Pubblica Amministrazione.

Inoltre, contrariamente a quanto osservato con riferimento al sistema della responsabilità dell'ente dipendente da reato sancita dal D. Lgs. 231/01, occorre tenere presente che la scelta di far partire la prevenzione dall'autonormazione dell'organizzazione complessa non coincide con la rilevazione di una cointeressenza dell'ente rispetto alla commissione del reato. Per converso, anzi, la posizione dell'ente pubblico rispetto alla commissione del reato risulta nettamente più vicina a quella della vittima, piuttosto che a quella dell'autore materiale del reato. I piani anticorruzione, pur presentando alcune analogie metodologiche attinenti alle modalità redazionali, nascono dall'esigenza di autotutela della P.A. nei confronti dei comportamenti devianti dei propri funzionari.

Inoltre, come si avrà modo di approfondire oltre, l'autonormazione degli enti pubblici, pur presentando molti tratti tipici del diritto riflessivo autonomamente prodotto dall'organizzazione complessa, si caratterizza per la presenza di una più spiccata presenza di cautele *eteronormate* dovuta alla pervasiva attività di indirizzo esercitata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, istituita con la stessa legge 190 del 2012 proprio al fine di esercitare la vigilanza sul corretto adempimento degli obblighi autonormativi imposti agli enti pubblici.

Dopo aver analizzato i tratti salienti della normativa in materia di anticorruzione (§ 3.1) si passerà in rassegna la struttura sistematica della prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni dal punto di vista organico e organizzativo (§ 3.2) e sotto il profilo delle fonti autonormate che compongono il sistema, esaminandone i metodi redazionali e i contenuti normativi sostanziali (§ 3.3). In ultimo, occorrerà collocare l'autonormazione della P.A. all'interno delle cornici paradigmatiche individuate nell'ambito dei precedenti capitoli e rintracciarne la funzione politico-criminale svolta all'interno del sistema penale (§ 3.4).

### **3.1. La prevenzione della corruzione ex L. 190 del 2012: il sistema delle fonti**

La strategia di contrasto della corruzione inaugurata con la *Legge Severino* comprende una pluralità di fonti a cui la legge stessa ha dato l'abbrivio. Oltre alle numerose fonti sovranazionali richiamate, che hanno dettato l'ispirazione del provvedimento<sup>264</sup>, e alla riforma della disciplina codicistica riguardante le fattispecie modificate e di nuova introduzione, la legge predispone una serie di deleghe funzionali alla riforma dell'organizzazione degli uffici pubblici e un sistema incentrato sull'autonormazione diffusa nella P.A.

Esula dal discorso rilevante per questa ricerca l'analisi dei profili attinenti alle fattispecie codicistiche che hanno riformato l'apparato dei reati contro la

---

<sup>264</sup> In particolare, vengono evocate la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e la Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110.

pubblica amministrazione, in quanto rispecchia l'approccio repressivo tradizionale appuntato sulla deterrenza mediante pena.

Più significativo dal punto di vista della valorizzazione delle strategie alternative di prevenzione del reato il fatto che la L. 190/2012 contenga una serie di deleghe al governo per l'adozione di decreti legislativi funzionali al riordino dell'organizzazione della P.A. sotto diversi profili tra cui: la pubblicità e trasparenza nelle P.A.<sup>265</sup>; la disciplina organica degli illeciti, e relative sanzioni disciplinari, correlati al superamento dei termini di definizione dei procedimenti amministrativi<sup>266</sup>; l'introduzione di ipotesi di incompatibilità e inconferibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni<sup>267</sup>; la disciplina relativa all'incandidabilità ad alcune cariche pubbliche<sup>268</sup>; e l'obbligo di collocamento fuori ruolo per i magistrati che esercitano incarichi di vertice nella P.A.. L'ispirazione del decreto è evidentemente quella di potenziare gli strumenti di controllo pubblico sull'operato della P.A. e di rinforzare gli snodi che costituiscono un nervo scoperto per la credibilità della stessa al fine di tutelare il buon andamento e l'imparzialità della P.A. consacrati dall'art. 97 Cost. Anche in questo campo, si coglie la volontà di prevenire i fenomeni corruttivi attraverso una riforma dell'organizzazione degli apparati statali.

---

<sup>265</sup> D. Lgs. N. 33 del 2013, rubricato "*Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*".

<sup>266</sup> Art. 1, c. 48, L. n. 190 del 2012.

<sup>267</sup> D. Lgs. N. 39 del 2013, rubricato "*Disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190.*"

<sup>268</sup> Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190, approvato con il decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235.

Conviene ora concentrare il *focus* dell'approfondimento di questa sezione sulla disciplina strettamente incentrata sull'autonormazione come strumento di prevenzione dei fenomeni corruttivi negli enti pubblici. La disciplina dettata dalla L. 190/2012 prevede l'obbligo trasversale per le P.A. di dotarsi di fonti di matrice autonormativa e quello di corredare queste fonti da organismi di controllo interno che innovano l'organizzazione delle amministrazioni pubbliche. Tuttavia, la strategia di autonormazione appare dislocata su due piani: quello centrale e quello periferico. La Legge 190 fa infatti esplicito riferimento: al Piano Nazionale Anticorruzione, approvato dall'autorità anticorruzione competente che detta le linee di indirizzo per la prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni; e ai Piani per la Prevenzione della corruzione che devono essere redatti da ciascuna delle pubbliche amministrazioni centrali nonché da quelle previste dal D. Lgs. N. 165 del 2001<sup>269</sup>.

### **3.2. Il sistema anticorruzione sul piano organizzativo**

Pare opportuno iniziare l'analisi dell'impatto delle modifiche introdotte dalla L. n. 190 del 2012 analizzando le innovazioni intervenute sul piano dell'organizzazione complessa-Pubblica Amministrazione. Come anticipato, la

---

<sup>269</sup> Art. 1 c. 2, D. Lgs. N. 165 del 2001, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*: "Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale."

strategia preventiva viene condotta in parallelo a livello centrale e in sede periferica.

In primo luogo, a livello nazionale, la legge individua l'Autorità anticorruzione<sup>270</sup>, ne specifica i compiti e conferisce i poteri necessari alla loro realizzazione<sup>271</sup>. Tra i compiti assegnati a tale autorità<sup>272</sup>, quello che

---

<sup>270</sup> Inizialmente l'autorità preposta allo svolgimento del ruolo di *authority* anticorruzione è stato assegnato alla C.I.V.I.T. (Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche), mentre, in un secondo momento, la Commissione è stata trasformata nell'ANAC a cui sono state assegnate le stesse funzioni (legge n. 125 del 2013, conversione del decreto legge del 31 agosto 2013, n. 10). Nel 2014, poi, anche l'AVCP (Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) è confluita nell'ANAC a seguito del decreto legge 24 giugno 2014, n.90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n.114.

<sup>271</sup> Questo primo adempimento costituisce l'attuazione a livello nazionale delle prescrizioni previste all'art. 6 della Convenzione di Merida che recita: "1. Ciascuno Stato Parte assicura, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, l'esistenza di uno o più organi, secondo quanto necessario, incaricati di prevenire la corruzione mediante mezzi quali: a) l'applicazione delle politiche di cui all'articolo 5 della presente Convenzione e, se necessario, la supervisione ed il coordinamento di tale applicazione; b) l'accrescimento e la diffusione delle conoscenze concernenti la prevenzione della corruzione. 2. Ogni Stato Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo od agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'indipendenza necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni al riparo da ogni indebita influenza. Le risorse materiali ed il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può aver bisogno per esercitare le sue funzioni, dovrebbero essere loro forniti. 3. Ciascuno Stato Parte comunica al Segretario Generale delle Nazioni Unite il nome e l'indirizzo dell'autorità o delle autorità suscettibili di aiutare altri Stati Parte a mettere a punto ed applicare misure specifiche di prevenzione della corruzione."

<sup>272</sup> La legge illustra all'art. 1 c. 2 i compiti dell'Autorità: "a) collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti; b) adotta il Piano nazionale anticorruzione ai sensi del comma 2-bis; c) analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto; d) esprime parere obbligatorio sugli atti di direttiva e di indirizzo, nonché sulle circolari del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico; e) esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, di cui all'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165, e successive modificazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare riferimento all'applicazione del comma 16-ter, introdotto dal comma 42, lettera l), del presente articolo; f) esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni

maggiormente rileva ai fini dell'autonormazione riguarda l'approvazione del Piano Nazionale<sup>273</sup> Anticorruzione e l'attività di vigilanza e controllo esercitata rispetto all'esercizio delle prerogative autonormative da parte degli enti periferici.

A livello periferico, invece, la L. n. 190 del 2012 prevede l'istituzione di un presso tutte le amministrazioni a cui si applica la normativa della figura del Responsabile della prevenzione della corruzione (oltre, anche solo Responsabile o RPC). L'art. 1 c. 7 impone all'organo di indirizzo di individuare l'RPC e di predisporre all'uopo tutte le modifiche organizzative necessarie per garantire l'autonomo ed effettivo svolgimento di questo incarico. La legge fornisce inoltre alcune linee di indirizzo per l'individuazione del soggetto da incaricare, manifestando una preferenza per figure di alta dirigenza o segreteria, richiedendo di motivare la decisione nel caso in cui ci si discosti da questa indicazione.

Il principale compito del Responsabile consiste nella formulazione della proposta (rivolta all'organo di indirizzo, competente per l'adozione) di piano triennale per la prevenzione della corruzione e nella vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza del piano nell'amministrazione di appartenenza. A tal fine, l'art. 1 c. 9 della legge prevede che siano istituiti degli

---

ai sensi dei commi 4 e 5 del presente articolo e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa previste dai commi da 15 a 36 del presente articolo e dalle altre disposizioni vigenti; g) riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia.”

<sup>273</sup> Il primo PNA è predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica e solo approvato dall'autorità competente in materia di prevenzione della corruzione su scala nazionale. Le future versioni e i successivi aggiornamenti, sono state (e saranno anche in futuro) curate dall'ANAC, in virtù della L. 24 giugno 2014, n. 90 che ha trasferito all'ANAC le funzioni precedentemente di competenza del Dipartimento della funzione pubblica.

obblighi di informazione nei confronti del Responsabile nelle aree in cui il rischio corruttivo si manifesta più spiccatamente.

Altri compiti vengono specificamente individuati all'art. 1 c. 10 della legge e consistono nella “verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità”; nella proposta di modifica del piano quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione; nella verifica dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività più esposte a rischi di corruzione; nell'individuazione del personale destinatario di una formazione speciale sui temi dell'etica e della legalità.

Il ruolo svolto dall'RPC rivela dunque numerose somiglianze rispetto alla figura dell'Organismo di Vigilanza nel sistema 231, con la pur importante differenza che il Responsabile elabora direttamente il Piano (e non ne cura soltanto l'adeguatezza e l'aggiornamento costanti) e che è ontologicamente coincidente con una figura apicale dell'organizzazione complessa.

Tuttavia, la differenza più netta rispetto alla disciplina del decreto 231 si nota con riferimento alla disciplina dettata all'art. 1 c. 12 della legge che regola la responsabilità dell'RPC nel caso in cui si verifichi un episodio corruttivo in seno all'amministrazione.

In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165<sup>274</sup>, e successive

---

<sup>274</sup> Art. 21, D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165: “1. I risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi, valutati con i sistemi e le garanzie determinati con i decreti legislativi di cui all'articolo 17 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e



modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze:

- a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo;
- b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano.

In questo caso la formulazione legislativa risulta pressoché sovrapponibile – sia nel lessico adottato, sia nella strutturazione secondo l'inversione dell'onere della prova – rispetto a quella utilizzata dall'art. 6 del D. Lgs. N. 231 del 2001, con la macroscopica distinzione che la responsabilità derivante dal difetto organizzativo o dall'insufficiente vigilanza ricade sulla persona fisica deputata a svolgere il ruolo di RPC<sup>275</sup>. Rispetto all'art. 6 del D. Lgs. N. 231 del 2001, l'unico requisito completamente assente dalla trama normativa dell'art. 1 c. 12 è la prova dell'elusione fraudolenta del piano.

La disciplina di legge non prevede, dunque, alcuna conseguenza sanzionatoria destinata a ricadere nella sfera dell'ente<sup>276</sup> o in quella degli organi

---

successive modificazioni ed integrazioni, comportano per il dirigente interessato la revoca dell'incarico, adottata con le procedure previste dall'articolo 19, e la destinazione ad altro incarico, anche tra quelli di cui all'articolo 19, comma 10, presso la medesima amministrazione ovvero presso altra amministrazione che vi abbia interesse. 2. Nel caso di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa, ai sensi del comma 1, il dirigente, previa contestazione e contraddittorio, può essere escluso dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni. Nei casi di maggiore gravità, l'amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi. 3. Restano ferme le disposizioni vigenti per il personale delle qualifiche dirigenziali delle Forze di polizia, delle carriere diplomatica e prefettizia e delle Forze armate.”

<sup>275</sup> L'art. 1 c. 13 della L. n. 190 del 2012 prevede inoltre: “La sanzione disciplinare a carico del responsabile individuato ai sensi del comma 7 non può essere inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi.”

<sup>276</sup> L'unica sanzione prevista a carico dell'ente pubblico, a prescindere dalla commissione di un reato, consiste nell'applicazione di una sanzione pecuniaria da parte dell'Anac, nel caso in cui l'amministrazione abbia omissso di adottare il piano. L'entità della sanzione ne rivela l'intento meramente simbolico, la l. n. 90 del 2014 prevede infatti all'art. 19, c. 5, lett. b): “salvo che il

di indirizzo, nel caso in cui si verifichi un reato all'interno dell'amministrazione: alla responsabilità penale delle persone fisiche che hanno concorso nel reato, si cumulano esclusivamente le responsabilità gravanti sul Responsabile, che peraltro non è titolare del potere di approvazione del Piano, ma ha solo facoltà di proposta all'organo di indirizzo. Questa opzione legislativa desta non poche perplessità e solleva significativi dubbi di legittimità costituzionale rispetto alla responsabilità così congegnata. Un alleviamento della posizione dell'RPC è stato introdotto mediante l'art. 41, c. 1, lett. l), D. Lgs. N. 97 del 2016, nella misura in cui prevede che il responsabile non risponde se prova “*di avere comunicato agli uffici le misure da adottare e le relative modalità e di avere vigilato sull'osservanza del Piano*”.

Tra i compiti dell'RPC figura, inoltre, quello di segnalare all'organo di indirizzo e all'organismo indipendente di valutazione le eventuali disfunzioni riscontrate in punto di misure sulla prevenzione della corruzione.

Un'altra modifica strutturale introdotta con la legge 190 del 2012 consiste nell'istituzione di flussi informativi volti a far emergere le condotte in violazione del piano di prevenzione, del codice etico o comunque illecite. Per garantire un sereno ricorso ai canali di segnalazione la legge 190 ha introdotto una disciplina a tutela del *whistleblower*<sup>277</sup>, poi ulteriormente rafforzata con la

---

fatto costituisca reato, applica, nel rispetto delle norme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1.000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto obbligato ometta l'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione, dei programmi triennali di trasparenza o dei codici di comportamento.”

<sup>277</sup> Cfr. Art. 1, c. 51 della L. n. 190 del 2012 che ha introdotto l'art. 54-*bis* al D. Lgs. N. 165 del 2001: “Fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere

legge specificamente dedicata a questo ambito approvata nel novembre del 2017. La disciplina prevede che il *whistleblower* non subisca ritorsioni in conseguenza della denuncia delle condotte illecite destinate al Responsabile, all'ANAC o all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro. In particolare, il lavoratore segnalante non può essere “*sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione*”, incombe inoltre sull'amministrazione la dimostrazione che le misure poste in essere non costituiscono sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa.

### **3.3. Dal Piano Nazionale Anticorruzione ai Piani per la prevenzione decentrati**

Il Piano Nazionale Anticorruzione viene adottato con cadenza triennale, anche se è previsto un aggiornamento annuale. Come precisato nell'ambito delle modifiche introdotte dalla L. 97 del 2014 alla L. 190 del 2012, il PNA costituisce un fondamentale atto di indirizzo per tutti i soggetti tenuti alla redazione del

---

sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. 2. Nell'ambito del procedimento disciplinare, l'identità del segnalante non può essere rivelata, senza il suo consenso, sempre che la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, l'identità può essere rivelata ove la sua conoscenza sia assolutamente indispensabile per la difesa dell'incolpato. 3. L'adozione di misure discriminatorie è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica, per i provvedimenti di competenza, dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. 4. La denuncia è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni».

Piano Triennale di Prevenzione della corruzione<sup>278</sup>, anche se spetta alle singole amministrazioni il compito di individuare le misure di prevenzione oggettiva funzionali al contrasto della corruzione<sup>279</sup>.

Una delle funzioni più importanti in chiave orientativa consiste nell'individuazione dei principali rischi di corruzione e dei relativi rimedi in funzione della dimensione degli enti interessati e dalle aree di attività svolte. In questo senso, dunque, l'Anac fornisce una traccia per la mappatura del rischio corruttivo negli enti pubblici e per l'identificazione delle cautele sostanziali necessarie per la sua prevenzione. Inoltre, il PNA detta gli obiettivi, le tempistiche e le modalità per l'adozione e l'attuazione delle misure di contrasto alla corruzione.

Sono due sino ad oggi i Piani Nazionali Anticorruzione adottati, quello relativo al triennio 2013-2015 e quello relativo al triennio 2016-2019.

La prima versione del PNA è stata adottata nel 2013, all'esito di una procedura di consultazione che ha visti coinvolti una molteplicità di soggetti

---

<sup>278</sup> All'art. 1, c. 2-*bis* della versione più recente della L. 190 del 2012, come modificata dal D. Lgs. 97 del 2016, viene espressamente previsto: "Esso costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell'adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all'articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell'adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche per assicurare l'attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a)."

<sup>279</sup> Cfr. PNA 2013-2015, pp. 5-6: "Ad un primo livello, quello "nazionale", il D.F.P. predispone, sulla base di linee di indirizzo adottate da un Comitato interministeriale, il P.N.A.. Il P.N.A. è poi approvato dalla C.I.V.I.T., individuata dalla legge quale Autorità nazionale anticorruzione. Al secondo livello, quello "decentrato", ogni amministrazione pubblica definisce un P.T.P.C., che, sulla base delle indicazioni presenti nel P.N.A., effettua l'analisi e valutazione dei rischi specifici di corruzione e conseguentemente indica gli interventi organizzativi volti a prevenirli. Questa articolazione risponde alla necessità di conciliare l'esigenza di garantire una coerenza complessiva del sistema a livello nazionale e di lasciare autonomia alle singole amministrazioni per l'efficacia e l'efficienza delle soluzioni."

statali (tra cui i membri del Governo, i rappresentanti delle principali autorità amministrative indipendenti e l'Avvocato generale dello Stato) ma anche la *World Bank* e la ONG *Transparency-IT*.

Il piano 2013, data la novità della materia, ha esercitato un'azione pedagogica tesa a spiegare l'attività preventiva da implementare nelle P.A. a seguito della nuova disciplina normativa e ha fornito precise istruzioni sulle modalità di costruzione dei piani destinate alle amministrazioni decentrate, che hanno dovuto provvedere autonomamente all'acquisizione del *know how* necessario a svolgere tale attività.

Oltre all'attività orientativa, una delle funzioni riferibili al PNA consiste nel coordinamento e nel sinergico miglioramento delle strategie preventive aggallate a livello internazionale e nazionale. A tal fine, è importante che tra il livello nazionale e quello decentrato siano istituiti flussi informativi al fine di fornire un reciproco riscontro circa la loro funzionalità e la loro applicazione.

Dal punto di vista strutturale il PNA 2013-2015 risulta articolato in quattro sezioni: la prima, che definisce il ruolo, le funzioni e la durata del Piano precisandone i destinatari; la seconda, che illustra la strategia di prevenzione su scala nazionale per il primo triennio; la terza, che individua le strategie di prevenzione a livello decentrato e le azioni e le misure utili alla prevenzione; la quarta, che fornisce le istruzioni relative alla comunicazione dei dati che costituiscono oggetto di analisi da parte dell'autorità.

Gli obiettivi perseguiti dal PNA a livello nazionale seguono tre direttrici preventive: la riduzione delle occasioni di manifestazione della corruzione<sup>280</sup>;

---

<sup>280</sup> Rispetto alla riduzione delle opportunità che si manifestino casi di corruzione il PNA indicava, in chiave programmatica, alcune azioni preventive da realizzare a livello centrale, tra

l'aumento della capacità di *crime detection*<sup>281</sup>, la creazione di un contesto sfavorevole alla corruzione<sup>282</sup>.

Con riferimento alla strategia di prevenzione da realizzare a livello decentrato, il PNA del 2013 ha fornito alcune prime direttive a supporto delle amministrazioni tenute alla redazione dei piani per la prevenzione della

---

cui: diramare indirizzi alle p.a. per introdurre le misure di prevenzione della corruzione (direttive, raccomandazioni), curando anche il raccordo con gli organismi associativi rappresentativi delle p.a.; diffondere buone pratiche per la prevenzione della corruzione, mediante comunità di pratiche e seminari; promuovere iniziative per lo studio di misure di prevenzione in specifici settori, anche mediante coordinamento e partecipazione a progetti di ricerca; assistere gli enti locali ai fini dell'elaborazione della propria strategia di prevenzione (P.T.P.C.); Attuare il monitoraggio sulla introduzione e sull'implementazione delle misure di prevenzione da parte delle p.a., anche al fine di individuare interventi di sviluppo e correttivi della strategia nazionale; effettuare il monitoraggio sui codici di comportamento settoriali delle p.a., anche al fine di diffondere buone pratiche; proporre aggiornamenti e adeguamenti del P.N.A., sulla base dei risultati dei monitoraggi, degli scambi con le p.a. e del contributo dei portatori di interesse; realizzare un osservatorio sull'evoluzione del fenomeno corruttivo; mettere a disposizione di C.I.V.I.T. le basi informative a disposizione del Dipartimento della funzione pubblica mediante un accesso dedicato alla consultazione ed estrazione dei dati presenti.

<sup>281</sup> Rispetto a questo obiettivo, il PNA indicava, in chiave programmatica, la realizzazione delle seguenti misure: attuare un'azione di sensibilizzazione attraverso atti di indirizzo e diffusione del valore positivo del *whistleblower*, diffondere buone pratiche in materia di tutela del dipendente che effettua segnalazioni di illecito (c.d. *whistleblower*), mediante seminari o via web, anche in raccordo con O.N.G. che hanno sperimentato esperienze positive; attuare il monitoraggio delle segnalazioni di discriminazione nei confronti del *whistleblower*, al fine di valutare interventi di azione; realizzare interviste in contesti selezionati per valutare la percezione della corruzione da parte dei dipendenti e il valore della integrità.

<sup>282</sup> Rispetto a questo obiettivo, in chiave programmatica, il PNA 2013 prevedeva le seguenti misure da realizzare a livello centrale: attuare forme di raccordo tra i soggetti istituzionali coinvolti nella prevenzione della corruzione, mediante atti di indirizzo, incontri o seminari; Coinvolgere i responsabili della prevenzione e i responsabili del personale in iniziative di sensibilizzazione al fine di assicurare l'applicazione dei Codici di comportamento; Definire forme di collaborazione attraverso la stipula di protocolli d'intesa con O.N.G. ed altri organismi che hanno competenza in materia; monitorare l'applicazione delle sanzioni disciplinari a carico dei dipendenti da parte delle p.a.; programmare insieme alla S.N.A. e ad altri istituti formativi interventi di formazione ai pubblici dipendenti sui temi della prevenzione della corruzione e dell'etica; Promuovere azioni di sensibilizzazione per gli studenti, mediante interventi seminariali.

corruzione. *In primis*, il PNA prevede che siano implementate tutte le misure preventive già previste come obbligatorie dalla legge e raccomanda la valorizzazione e il potenziamento degli strumenti di controllo già presenti presso ciascuna amministrazione. Inoltre, il PNA pone in rilievo gli elementi che devono essere necessariamente presenti nei piani triennali di prevenzione secondo quanto stabilito dalla stessa legge 190/2012, richiedendo a tal fine l'indicazione dei soggetti coinvolti nella nel sistema di prevenzione; l'individuazione e l'analisi delle aree di rischio, la definizione dei tempi e delle modalità necessari al riassetto dell'organizzazione; il coordinamento con il ciclo della performance e la predisposizione della sezione dedicata alla trasparenza<sup>283</sup>.

Oltre agli adempimenti già desumibili dalla legge, il PNA ha fissato il nucleo minimo di dati e informazioni che devono essere contenuti nella struttura dei piani triennali per la prevenzione della corruzione. I contenuti strutturali imprescindibili sono stati individuati come segue: processo di adozione del P.T.P.C<sup>284</sup>; gestione del rischio; formazione in tema di anticorruzione<sup>285</sup>; codici di comportamento<sup>286</sup>; altre iniziative<sup>287</sup>.

---

<sup>283</sup> Cfr. PNA 2013, p. 25-26.

<sup>284</sup> Si fa qui riferimento all'indicazione dei soggetti che hanno redatto il documento, ai mezzi di accesso e diffusione del piano e agli estremi relativi alla data di adozione, al documento di approvazione.

<sup>285</sup> Con l'indicazione dei contenuti e delle tempistiche della formazione in materia di anticorruzione, dei soggetti che erogano e quelli a cui viene erogata la formazione.

<sup>286</sup> Comprensivi delle integrazioni previste dalla L. 190 del 2012 e dell'indicazione delle modalità di denuncia per le violazioni oltre che dell'ufficio competente per l'emanazione di pareri sull'applicazione del codice di comportamento.

<sup>287</sup> Individuate per via residuale, il PNA fa riferimento – ad esempio – all'indicazione dei criteri per la rotazione del personale; alla formalizzazione delle direttive per l'attribuzione degli incarichi dirigenziali, dei protocolli di legalità per gli affidamenti; l'introduzione di metodi di verifica del rispetto della disciplina riguardante le incompatibilità, inconfiribilità la tutela del *whistleblower*; il controllo sui precedenti penali.

Di particolare interesse ai fini di questa analisi risulta l'indicazione della metodologia di *risk assessment* come base per l'elaborazione del P.T.P.C., che – pur evidenziando nette analogie rispetto alla migliore prassi <sup>231</sup> – presenta alcune peculiarità.

Una delle principali analogie si nota nella definizione dei piani decentrati fornita nel PNA:

Il P.T.P.C. rappresenta lo strumento attraverso il quale l'amministrazione sistematizza e descrive un "processo"- articolato in fasi tra loro collegate concettualmente e temporalmente - che è finalizzato a formulare una strategia di prevenzione del fenomeno. In esso si delinea un programma di attività derivante da una preliminare fase di analisi che, in sintesi, consiste nell'esaminare l'organizzazione, le sue regole e le sue prassi di funzionamento in termini di "possibile esposizione" al fenomeno corruttivo. Ciò deve avvenire ricostruendo il sistema dei processi organizzativi, con particolare attenzione alla struttura dei controlli ed alle aree sensibili nel cui ambito possono, anche solo in via teorica, verificarsi episodi di corruzione<sup>288</sup>.

Proprio con riferimento al processo di *risk assessment*, che rappresenta una delle analogie più vistose rispetto al sistema <sup>231</sup>, si stagliano alcune peculiarità che marcano l'analisi relativa al rischio corruttivo nelle p.a.. In particolare, nella fase di mappatura delle aree di rischio, l'individuazione delle aree di rischio risulta parzialmente eterodiretta da parte delle fonti sovraordinate, in quanto sono previste delle aree di rischio c.d. obbligatorie che devono essere necessariamente mappate e valutate dai piani decentrati.

Sulla base delle costanti criminologiche analizzate (anche a livello internazionale) e sulla base delle indicazioni della L. 190 del 2012, il PNA predetermina i procedimenti comuni a tutte le amministrazioni esposti a rischio:

- a) autorizzazione o concessione;

---

<sup>288</sup> Cfr. Allegato n. 1 al PNA del 2013, p. 10.



- b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al d.lgs. n. 163 del 2006;
- c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati;
- d) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'articolo 24 del citato decreto legislativo n. 150 del 2009<sup>289</sup>.

A questi procedimenti corrispondono le aree di rischio di seguito riportate, che vengono ulteriormente articolate dall'allegato 1 al PNA<sup>290</sup>:

- acquisizione e alla progressione del personale<sup>291</sup>;
- affidamento di lavori, servizi e forniture nonché all'affidamento di ogni altro tipo di commessa o vantaggio pubblici disciplinato dal d.lgs. n. 163 del 2006<sup>292</sup>;
- adozione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari privi di effetto economico diretto ed immediato per il destinatario<sup>293</sup>;

---

<sup>289</sup> Allegato n. 1 al PNA 2013, p. 12.

<sup>290</sup> Cfr. Allegato n. 1 al PNA 2013, p. 13 e Allegato N. 2 al PNA 2013.

<sup>291</sup> Ulteriormente frammentata nelle sotto-aree: 1. Reclutamento, 2. Progressioni di carriera, 3. Conferimento di incarichi di collaborazione.

<sup>292</sup> Ulteriormente articolata nelle seguenti sottoaree: 1. Definizione dell'oggetto dell'affidamento; 2. Individuazione dello strumento/istituto per l'affidamento; 3. Requisiti di qualificazione; 4. Requisiti di aggiudicazione; 5. Valutazione delle offerte; 6. Verifica dell'eventuale anomalia delle offerte; 7. Procedure negoziate; 8. Affidamenti diretti; 9. Revoca del bando; 10. Redazione del cronoprogramma; 11. Varianti in corso di esecuzione del contratto; 12. Subappalto; 13. Utilizzo di rimedi di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali durante la fase di esecuzione del contratto.

<sup>293</sup> Ulteriormente frammentata nelle seguenti sotto-aree: 1. Provvedimenti amministrativi vincolati nell'*an*; 2. Provvedimenti amministrativi a contenuto vincolato; 3. Provvedimenti amministrativi vincolati nell'*an* e a contenuto vincolato; 4. Provvedimenti amministrativi a contenuto discrezionale; 5. Provvedimenti amministrativi discrezionali nell'*an*; 6. Provvedimenti amministrativi discrezionali nell'*an* e nel contenuto.

- adozione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari con effetto economico diretto ed immediato per il destinatario<sup>294</sup>.

Il procedimento di mappatura del rischio risulta, quindi, in parte, eterodiretto e standardizzato per tutte le amministrazioni pubbliche. Qualunque piano anticorruzione contiene infatti queste aree. Inoltre, con riferimento alle misure preventive, il PNA specifica che ve ne sono alcune, le c.d. *misure obbligatorie*, direttamente derivanti dalla disciplina legislativa e che, pertanto, risultano integralmente eterodeterminate a livello centrale. Lo spazio creativo riservato al piano per queste fasi risulta assolutamente inesistente, rendendo – per questi profili – l’obbligo di adottare una fonte di diritto riflessivo interna all’ente un mero adempimento di positivizzazione di *standard* determinati *aliunde*. In questo caso, è netta la deriva verso la burocratizzazione degli obblighi normativi e non pare nemmeno corretto parlare di autonormazione, visto che l’unica *customizzazione* del piano consiste nel suo adeguamento formale alla singola amministrazione.

Per contro, resta affidato alla attività maieutica di ciascuna amministrazione: l’analisi del rischio delle aree obbligatorie; l’extrapolazione di nuove aree di rischio e la relativa valutazione; e, infine, l’individuazione delle c.d. *misure ulteriori* elaborate in funzione di copertura del rischio corruttivo nelle aree non già disciplinate dalla legge. Qui si riapre uno spazio significativo per l’autonormazione intesa in senso stretto. Anche per lo svolgimento di queste

---

<sup>294</sup> Ulteriormente articolata nelle seguenti sotto-aree: 1. Provvedimenti amministrativi vincolati nell’*an*; 2. Provvedimenti amministrativi a contenuto vincolato; 3. Provvedimenti amministrativi vincolati nell’*an* e a contenuto vincolato; 4. Provvedimenti amministrativi a contenuto discrezionale; 5. Provvedimenti amministrativi discrezionali nell’*an*; 6. Provvedimenti amministrativi discrezionali nell’*an* e nel contenuto.

attività, il PNA fornisce una traccia metodologica importante per le amministrazioni che sono tenute all'adozione del Piano. A tal proposito, è interessante notare come gli standard per il *risk assessment* proposti dal PNA costituiscano una rielaborazione semplificata dei principi e delle linee guida proposti dalla norma UNI ISO 3100 del 2010<sup>295</sup>.

Il PNA richiede un approccio quanto più possibile partecipativo alla gestione del rischio, anche esteso alla consultazione degli utenti, delle associazioni rappresentative e l'organizzazione di gruppi di lavoro; inoltre, raccomanda l'adozione di metodologie quanto più omogenee per semplificare il processo di rilevazione e confronto dei dati relativi a ciascuna amministrazione.

La gestione del rischio viene ripartita nelle sotto-fasi della *mappatura dei processi*, della *valutazione del rischio*, e del *trattamento del rischio*.

Alla prima fase viene ricondotta l'attività di identificazione dei singoli processi, delle fasi che lo compongono e dei soggetti responsabili per ciascuna fase e per il processo nel suo complesso. Le indicazioni fornite per la fase di identificazione del processo si rivelano però piuttosto rudimentali e scarse, in quanto non forniscono gli strumenti di analisi necessari per lo svolgimento di questa attività.

La fase di *valutazione del rischio* viene articolata nelle ulteriori sotto-fasi di *identificazione*, *analisi*, e *ponderazione del rischio*. In questo caso, le prescrizioni del PNA risultano maggiormente dettagliate e conferenti quali strumenti di supporto alle amministrazioni. Per identificare i rischi, il PNA suggerisce di considerare il contesto interno ed esterno all'ente mediante la

---

<sup>295</sup> Cfr. Allegato n. 1 al PNA 2013, p. 23.

consultazione dei soggetti coinvolti, dei dirigenti e dell'Organismo interno di valutazione, nonché attraverso la metabolizzazione dell'esperienza desumibile dai *precedenti giudiziari o disciplinari*. Altri criteri specifici applicabili per identificare i rischi sono poi individuati nell'Allegato n. 5, che fa riferimento agli indici di valutazione della *probabilità* di realizzazione del rischio (in cui vengono valorizzati la *discrezionalità*, la *rilevanza esterna*, la *complessità*, l'*impatto economico*, la *frazionabilità*, e i *controlli* del processo) e gli indici di valutazione dell'*impatto* del rischio, ripartito in *organizzativo-quantitativo*, *economico*, *reputazionale*, ed *organizzativo-qualitativo* che dipende dalla posizione ricoperta dai soggetti esposti a rischio. Una volta identificati i rischi deve essere redatto un "*registro dei rischi*" di cui l'allegato n. 4 fornisce anche una traccia a titolo esemplificativo.

L'analisi del rischio viene illustrata come il procedimento di misurazione del livello di rischio, derivante dalla combinazione dei valori ottenuti in termini di probabilità e impatto del rischio. Il PNA specifica che tale valutazione, e specialmente quella sui controlli già esistenti, va condotta considerando la valutazione in concreto e non invece la mera esistenza – in astratto – di un sistema di controllo. Al fine di consentire la valutazione del rischio, la tabella n. 5, associa agli indici segnalati dei valori (da 1 a 5) da assegnare in base alla disamina del rischio in concreto. La valutazione complessiva del rischio sarà definita moltiplicando la componente probabilistica con quella di impatto. Questo risultato costituisce la base per la *ponderazione del rischio*, che serve a stabilire un ordine di priorità con il quale i rischi emersi dovranno essere trattati. Questa fase va svolta sotto la supervisione e il coordinamento del responsabile della prevenzione (RPC).

Il trattamento del rischio viene concepito come la fase che tende a mitigare quanto più possibile i rischi esistenti e comporta, sostanzialmente,

l'introduzione di misure di prevenzione. Al netto delle misure obbligatorie, che – come già segnalato – non costituiscono un vero processo autonormativo, il PNA prevede che la valutazione sulle misure ulteriori tenga conto dei costi stimati, dell'impatto sull'organizzazione e del grado di efficacia riconosciuto alla misura stessa. Sembra quindi intravedersi, anche in questo caso, l'ineliminabile componente discrezionale relativa all'opportunità delle misure da intraprendere che informa la decisione relativa alla soglia di tollerabilità del rischio. Questa fase, che costituisce l'antecedente logico della proposta del piano, è di competenza dell'RPC che procede coinvolgendo l'apparato dirigenziale e valendosi del supporto dell'OIV.

La gestione del rischio si completa poi con la necessaria attività di monitoraggio che verifica i risultati prodotti dall'introduzione delle misure.

Per quanto riguarda l'ambito delle cautele, lasciando da parte le *misure obbligatorie*, è interessante analizzare il supporto fornito dal PNA 2013 attraverso la formulazione a titolo meramente esemplificativo di alcune delle *misure ulteriori* che potrebbero trovare applicazione nei piani per la prevenzione. Anche in questo caso sembrano potersi rintracciare le dicotomie già enunciate per il sistema 231: misure *organizzative* e misure *procedurali*, regole *cautelari* e regole *cautelative*; prevenzione mediante *procedimentalizzazione* e prevenzione mediante *controllo*.

Infatti, nella lista stilata all'allegato 4, il PNA elenca una pluralità di misure, tra cui: quelle di carattere organizzativo tese a facilitare lo scambio di informazioni tra uffici e a favorire il monitoraggio sinergico sulle situazioni non

conformi alla normativa e la formazione specifica dei dipendenti pubblici<sup>296</sup>, che esibiscono quella valenza cautelativa funzionale alla rimozione delle condotte prodromiche alla commissione di fenomeni corruttivi; quelle di

---

<sup>296</sup> Cfr. allegato n. 4 al PNA 2013, lett. c): “Promozione di convenzioni tra amministrazioni per l’accesso alle banche dati istituzionali contenenti informazioni e dati relativi a stati, qualità personali e fatti di cui agli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000, disciplinando le modalità di accesso ai dati da parte delle amministrazioni procedenti senza oneri a loro carico (art. 58, comma 2, d.lgs. n. 82 del 2005).”; lett. f): “Individuazione di “orari di disponibilità” dell’U.P.D. durante i quali i funzionari addetti sono disponibili ad ascoltare ed indirizzare i dipendenti dell’amministrazione su situazioni o comportamenti, al fine di prevenire la commissione di fatti corruttivi e di illeciti disciplinari (art. 15, comma 3, d.P.R. n. 62 del 2013).”; lett. g): “Pubblicazione sul sito internet dell’amministrazione di casi esemplificativi anonimi, tratti dall’esperienza concreta dell’amministrazione, in cui si prospetta il comportamento non adeguato, che realizza l’illecito disciplinare, e il comportamento che invece sarebbe stato adeguato, anche sulla base dei pareri resi dalla C.I.V.I.T. ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett. d), della l. n. 190 del 2012.”; lett. k): “Nell’ambito delle strutture esistenti (es. U.R.P.), individuazione di appositi uffici per curano il rapporto con le associazioni e le categorie di utenti esterni (canali di ascolto), in modo da raccogliere suggerimenti, proposte sulla prevenzione della corruzione e segnalazioni di illecito, e veicolare le informazioni agli uffici competenti. Ciò avviene utilizzando tutti i canali di comunicazione possibili, dal tradizionale numero verde, alle segnalazioni via web ai social media.”lett. m): “Prevedere meccanismi di raccordo tra i servizi competenti a gestire il personale (mediante consultazione obbligatoria e richiesta di avviso dell’U.P.D.) al fine di consentire la valutazione complessiva dei dipendenti anche dal punto di vista comportamentale, in particolare stabilendo un raccordo tra l’ufficio di appartenenza del dipendente, il servizio del personale competente al rilascio di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi extraistituzionali e l’U.P.D.. Ciò con l’obiettivo di far acquisire rilievo alle situazioni in cui sono state irrogate sanzioni disciplinari a carico di un soggetto ovvero si sta svolgendo nei suoi confronti un procedimento disciplinare al fine a) della preclusione allo svolgimento di incarichi aggiuntivi o extraistituzionali e b) della valutazione della performance e del riconoscimento della retribuzione accessoria ad essa collegata (la commissione di illecito disciplinare o comunque l’esistenza di un procedimento disciplinare pendente viene considerata – anche in relazione alla tipologia di illecito – ai fini del conferimento di incarichi aggiuntivi e/o dell’autorizzazione allo svolgimento di incarichi extra-istituzionali; l’irrogazione di sanzioni disciplinari costituisce un elemento di ostacolo alla valutazione positiva per il periodo di riferimento e, quindi, alla corresponsione di trattamenti accessori collegati)”; lett. n): “Svolgimento di incontri e riunioni periodiche tra dirigenti competenti in settori diversi per finalità di aggiornamento sull’attività dell’amministrazione, circolazione delle informazioni e confronto sulle soluzioni gestionali.”; lett. o): “Nell’ambito delle risorse disponibili, informatizzazione del servizio di gestione del personale.”; lett. p): “Nell’ambito delle risorse disponibili, creazione di meccanismi di raccordo tra le banche dati istituzionali dell’amministrazione, in modo da realizzare adeguati raccordi informativi tra i vari settori dell’amministrazione.”

stampo procedurale, che disciplinano porzioni del processo in chiave preventiva assumendo una funzione effettivamente cautelare in quanto si frappongono frontalmente rispetto alla commissione dei reati corruttivi<sup>297</sup>; e le misure attinenti al potenziamento del sistema di controllo interno, che potenziano la detezione delle violazioni, che giocano un ruolo principalmente sul piano della deterrenza dei comportamenti scorretti<sup>298</sup>.

L'analisi dei dati forniti dalla prassi ha dimostrato che il processo di *risk assessment* ha costituito uno scoglio difficile da superare per le p.a., evidentemente non avvezze a questo genere di analisi. Per questo motivo, l'ANAC ha emanato un aggiornamento al PNA nel 2015, in cui vengono indicati i principi da seguire per la gestione del rischio. In questo senso viene ribadito che la predisposizione del piano non ha natura meramente burocratica, che ha portata strategica-gestionale che comporta l'assunzione di decisioni e pervade tutti i livelli della p.a., che deve essere rinnovato continuamente con rigore di

---

<sup>297</sup> Cfr. PNA 2013, allegato 4, lett. d) "Affidamento delle ispezioni, dei controlli e degli atti di vigilanza di competenza dell'amministrazione ad almeno due dipendenti abbinati secondo rotazione casuale."; lett. e): "Previsione della presenza di più funzionari in occasione dello svolgimento di procedure o procedimenti "sensibili", anche se la responsabilità del procedimento o del processo è affidata ad un unico funzionario."; lett. i): "Introduzione di procedure che prevedano che i verbali relativi ai servizi svolti presso l'utenza debbano essere sempre sottoscritti dall'utente destinatario."; lett. l): "Regolazione dell'esercizio della discrezionalità nei procedimenti amministrativi e nei processi di attività, mediante circolari o direttive interne, in modo che lo scostamento dalle indicazioni generali debba essere motivato; creazione di flussi informativi su deroghe e sugli scostamenti."

<sup>298</sup> Cfr. PNA 2013, allegato 4, lett. a): "Intensificazione dei controlli a campione sulle dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto notorio rese dai dipendenti e dagli utenti ai sensi degli artt. 46-49 del d.P.R. n. 445 del 2000 (artt. 71 e 72 del d.P.R. n. 445 del 2000)."; lett. b): "Razionalizzazione organizzativa dei controlli di cui al punto a), mediante potenziamento del servizio ispettivo dell'amministrazione (art. 1, comma 62, l. n. 662 del 1996) rispetto a tutte le verifiche sulle dichiarazioni (art. 72 d.P.R. n. 445 del 2000)."; lett. j): "In caso di delega di potere, programmazione ed effettuazione di controlli a campione sulle modalità di esercizio della delega".

analisi e alla luce della sostenibilità degli interventi, che deve essere condotto secondo la personalizzazione delle valutazioni del rischio e secondo il criterio di prudenza (senza cioè sottovalutare il rischio corruttivo), attraverso il coinvolgimento degli *stakeholder*. Inoltre, vengono rilasciate delle correzioni che arricchiscono i criteri per lo svolgimento del *risk assessment* di quelle indicazioni che mancavano nella prima versione del PNA. In particolare vengono fornite istruzioni per *l'analisi del contesto* esterno e di quello interno<sup>299</sup>, per la *mappatura dei processi*, per la *valutazione del rischio*, sotto il profilo dell'individuazione degli eventi rischiosi alla luce della storia dell'ente, sotto quello dell'analisi delle cause alla base degli eventi rischiosi e, infine, rispetto alla sua ponderazione. Rispetto ai profili appena richiamati, nell'aggiornamento del 2015 viene posta particolare attenzione sugli strumenti e sulle metodologie da impiegare per svolgere correttamente i *risk assessment*. Le novità più consistenti introdotte dall'aggiornamento del 2015 riguardano la fase di *gestione del rischio* che viene arricchita con il suggerimento di nuove cautele esemplificate anche *ratione materiae* per il settore dei contratti pubblici e per il settore sanitario.

Il PNA del 2016 tiene ferme le precisazioni espresse nell'aggiornamento del 2015 rispetto alla metodologia funzionale alla predisposizione dei piani, e fornisce precisazioni comuni a tutte le amministrazioni in una parte 'generale' che dà conto delle novità normative intervenute in materia di anticorruzione e trasparenza fornendo le indicazioni necessarie per l'adeguamento e altre precisazioni in merito. La parte 'speciale' è invece strutturata seguendo le diverse tipologie di enti soggetti alla disciplina e fornisce specifiche indicazioni vevoli per quel preciso ambito applicativo. In particolare, nella parte speciale sono

---

<sup>299</sup> Aggiornamento al PNA 2015, p. 16.



rinvenibili le sezioni dedicate ai piccoli comuni, alle città metropolitane, agli ordini e ai collegi professionali, alle istituzioni scolastiche, alla valorizzazione dei beni culturali, al governo del territorio e al settore sanitario.

### **3.4. L'analisi dei piani anticorruzione attraverso le categorie dell'autonormazione**

Chiarita la struttura statica e dinamica dell'autonormazione in materia di prevenzione della corruzione negli enti pubblici, è necessario ora confrontarla con le categorie relative alla teoria dell'autonormazione illustrate nei capitoli precedenti.

Non vi è dubbio che l'autonormazione di stampo pubblicistico ricada nella categoria dell'autonormazione imposta dallo stato come obbligatoria. L'adozione dell'assetto organizzativo e del piano di prevenzione è infatti prevista come obbligatoria dalla legge e la violazione dell'obbligo è corredata da una sanzione irrogabile nei confronti dell'ente a prescindere dalla commissione del reato. Il controllo e l'*enforcement* circa l'assolvimento di questo obbligo dal tessuto di enti pubblici tenuti al rispetto della normativa è devoluto a una autorità specializzata appositamente creata per la prevenzione della corruzione nella p.a.. Tuttavia, è stato notato come la sanzione che sostiene l'obbligo legislativo di adottare il piano nelle p.a. assuma caratteri meramente simbolici (sanzione pecuniaria da 1.000 a 10.000 euro).

L'autorità nazionale anticorruzione ricopre tutti i ruoli generalmente affiancati nei paradigmi di autonormazione obbligatoria in senso stretto: vigila sull'assolvimento dell'obbligo e applica le relative sanzioni in caso di infrazione; fornisce le linee di indirizzo utili agli operatori per predisporre efficacemente i piani (tramite il PNA triennale e successivi aggiornamenti); raccoglie e analizza

le fonti autonormate prodotte a livello periferico, in modo da monitorare il livello di *compliance* su scala nazionale e da estrapolare le migliori prassi da diffondere in futuro; svolge una funzione di coordinamento e di supporto agli enti decentrati sia a livello individuale (mediante pareri), sia mediante la pubblicazione dei documenti di indirizzo e *practice*.

Tutti questi aspetti, rivelano una scelta tesa all'affermazione di una autonormazione che si muove in spazi discrezionali più contenuti rispetto a quelli riconosciuti – ad esempio – alla autonormazione di impresa. Tale scelta si spiega sicuramente in ragione della minore *expertise* vantata in ambito pubblicistico nella creazione di moduli organizzativi strategici. Nel comparto amministrativo l'ente ha una scarsa attitudine alla variazione della propria disciplina interna, poiché le sue strutture sono ontologicamente eterodirette e serventi rispetto a finalità non intrinseche/egoistiche, bensì orientate sull'interesse pubblico.

L'autonormazione “guidata” si giustifica, dunque, in ragione della necessità pedagogica che deve essere svolta nei confronti degli enti pubblici per i quali l'approccio autonomo alla gestione del rischio costituisce una vera e propria novità. Inoltre, l'esigenza di armonizzare i livelli di prevenzione e di garantire *standard* minimi comuni conduce all'adozione di una strategia *meta-regolativa* che promuove, senza tuttavia esigere, soluzioni autonormative particolarmente creative o avanguardistiche.

L'autonormazione nel settore pubblico coincide dunque con il paradigma di *Enforced Self-Regulation* teorizzato da Braithwaite e con le varianti della *Meta-Regulation*. L'affinità si nota anche con riferimento all'applicazione di una disciplina parzialmente diversa e semplificata per gli enti di piccole dimensioni, che sono quelli che scontano maggiormente il difetto di *expertise*.

Tuttavia, nel settore pubblicistico, non è prevista una responsabilità dell'ente in relazione alla eventuale commissione di reati contro la p.a. commessi da funzionari interni all'ente, mentre l'unico soggetto che patisce conseguenze giuridiche nel caso di verifica di fenomeni corruttivi nell'ente di appartenenza è il Responsabile per la prevenzione della corruzione. Le modifiche apportate con il D. Lgs. N. 97 del 2016, prevedono, inoltre, nel caso in cui si verificano ripetute violazioni delle misure del piano, la configurabilità della responsabilità disciplinare dirigenziale per la mancata attuazione delle misure di prevenzione della corruzione, soltanto ove il Responsabile abbia dimostrato di avere effettuato le dovute comunicazioni agli uffici e di aver vigilato sull'osservanza del piano. È dunque evidente che l'effettività del sistema di contrasto della corruzione mediante prevenzione fa leva principalmente sulla figura del responsabile.

Quanto ai rapporti inter-ordinamentali, ci troviamo al cospetto dell'ipotesi in cui l'autonormazione viene richiamata ed imposta dalla fonte legislativa. Tuttavia, l'ente autonormatore coincide in questo caso – almeno in parte – con l'ente-Stato, o quantomeno con le sue articolazioni. In questo senso, l'autonormazione pare afferire al processo di decentralizzazione regolatoria statale, più che a quello di privatizzazione delle fonti. L'opzione a favore dell'autonormazione, risulta quindi dettata dal vantaggio squisitamente strutturale dell'organizzazione complessa, che consente una maggiore prossimità alla rischio-reato e la capillarità del sistema di controllo, e non invece da quelli di superiorità informativa dell'ente visto che – addirittura – l'*expertise* necessaria per la gestione del rischio è in larga parte eterodiretta a livello centrale.

Risulta peraltro interessante notare come sul piano dell'autonormazione funzionale alla prevenzione della corruzione gli scambi tra ordinamenti si

verifichino anche con riferimento a sistemi normativi diversi da quelli statali. Ci si riferisce, in particolare, alle interrelazioni con altre fonti autonormate. Oltre al richiamo della norma UNI ISO dedicata alla standardizzazione dei procedimenti di *risk assessment*, esplicitamente evocata come traccia nel primo PNA, si danno situazioni in cui la normativa sull'anticorruzione preventiva si interseca con la disciplina del d. lgs. 231 del 2001. Esistono infatti enti che sono soggetti a entrambe le discipline normative. In questi casi, l'ANAC suggerisce di ampliare i contenuti e l'ambito di applicazione del modello organizzativo – ove già adottato – in modo che l'adempimento risulti meno gravoso per l'ente in questione. Tuttavia, questa sovrapposizione di piani e l'equiparazione tra dovere autorganizzativo ex D. Lgs. N. 231 del 2001 e obbligo ex L. 190 del 2012 non pare accurato, in quanto non tiene in cale le significative distinzioni che marcano le due discipline normative e non considera le distorsioni che possono generarsi sul piano dei doveri di controllo dell'OdV e del RPC.

Dal punto di vista funzionalistico politico-criminale, l'autonormazione nel settore pubblico costituisce un'ipotesi di autonormazione additiva rispetto al sistema penale. La disciplina dell'anticorruzione si affianca e si cumula a quella repressiva penalistica senza sostituirvisi in alcun modo, l'approccio è dunque quello di introdurre uno strumento preventivo ulteriore e diverso dalla pena. Le consonanze rispetto alla proposta di Hassemer sono evidenti, si tratta di un diritto sanzionatorio ma extra-penale teso a indurre l'organizzazione funzionale alla prevenzione del reato. Nonostante le evidenti consonanze rispetto all'*Interventionsrecht*, tuttavia, manca un contestuale arretramento del diritto penale nei campi disciplinati mediante il diritto dell'intervento. Tuttavia, il cumulo di responsabilità che si concentrano in capo all'RPC e la natura essenzialmente sanzionatoria delle stesse, rilancia le obiezioni formulate in punto di aggiramento delle garanzie liberali rispetto all'*Interventionsrecht*, ancor più dal momento che le conseguenze negative ricadono – non

sull'organizzazione complessa sede del reato, bensì – su persone fisiche dotate di poteri relativamente limitati. Non sembra infatti eccessivo rinvenire nella disciplina dell'anticorruzione preventiva i caratteri della *matière pénale* ormai consolidati nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, se così fosse, occorrerebbe rimeditare la normativa in modo da garantire la conformità – quantomeno – all'art. 7 della C.E.D.U..

#### 4. Le Linee guida medico chirurgiche

L'ultimo paradigma che ci si appresta ad analizzare riguarda le fonti autonormate scaturite dalle comunità scientifiche nell'ambito medico sanitario che hanno acquisito crescente importanza nel sistema penale interno con riferimento alle vicende riguardanti le responsabilità degli operatori sanitari di matrice penalistica.

Queste fonti autonormate germogliano sul terreno di quella che abbiamo individuato come autonormazione dettata dalla specializzazione del sapere scientifico. La codificazione del sapere medico nella forma di linee guida<sup>300</sup> ha conosciuto vasta espansione soprattutto a partire dagli anni '70 del secolo scorso ed è stata ulteriormente fomentata, a partire dagli anni '90, dalla *Evidence Based Medicine*: la medicina basata sulle evidenze scientifiche che ne corroborano l'efficacia<sup>301</sup>.

---

<sup>300</sup> Per una ricognizione evolutiva M. M. MELLO, *Of Swords and Shields: the Role of Clinical Practice Guidelines in Medical Malpractice Litigation*, 149 Univ. Pennsylvania L. Rev., 645, 2001.

<sup>301</sup> Il “manifesto” della *Evidence Based Medicine* fu pubblicato nel 1992 sul *Journal of the American Medical Association*.

Nella definizione comunemente accettata, formulata dall'*Institute of Medicine*, le linee guida vengono identificate come affermazioni contenenti raccomandazioni di comportamento clinico, sviluppate revisionando in modo sistematico la letteratura e le opinioni scientifiche, allo scopo di aiutare le decisioni del medico e del paziente riguardo alle cure sanitarie più adatte in specifiche circostanze cliniche<sup>302</sup>. Nel crescente profluvio di letteratura scientifica disponibile le linee guida si affermano come strumenti che assolvono a diversi compiti che spaziano dal miglioramento delle *performance* mediche, all'agevolazione della consultazione della letteratura, grazie alla loro funzione di orientamento che ne semplifica la fruizione e l'apprendimento, sino alla razionalizzazione dei dati scientifici che consentono una ottimale allocazione delle risorse a disposizione. D'altro canto, nella pratica medica, le linee guida forniscono un importante supporto al medico, specialmente quando questo si confronti con situazioni di particolare difficoltà, poiché tracciano un *iter* clinico sicuro su cui il curante può fare affidamento in ragione delle evidenze scientifiche sulle quali riposa. Il confronto con le linee guida costituisce, inoltre, un punto di riferimento che evita al medico di inciampare negli errori che si possono annidare nelle pieghe di un ragionamento intuitivo o nelle fasi concitate di un'emergenza medica.

---

<sup>302</sup> FIELD-LOHR (Eds.), *Clinical Practice Guidelines: Directions for a New Program*, Institute of Medicine, Washington D.C., 1990, 38; ID., *Guidelines for Clinical Practice: from Development to Use*, Institute of Medicine, Washington D.C., 1992, 2; la stessa definizione viene tutt'ora utilizzata come punto cardinale anche in Italia dalla dottrina e dalla giurisprudenza che maneggiano la materia, cfr. per la dottrina A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 9; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 229 e, nella giurisprudenza Cass. Pen., sez. IV, 11 maggio 2016 (dep. 6 giugno 2016), Denegri, n. 23283: "raccomandazioni di comportamento clinico, elaborate mediante un processo di revisione sistematica della letteratura e delle opinioni scientifiche, al fine di aiutare medici e pazienti a decidere le modalità assistenziali più appropriate in specifiche situazioni cliniche".

Il *guideline mouvement* è stato inoltre identificato come una delle più importanti tappe nel mutamento della cultura giuridica aprendo significativi spazi di indagine per il giudizio sulla responsabilità del medico, che a lungo tempo è stato ancorato alla fiducia incondizionata nella decisione professionale<sup>303</sup>.

Dal punto di vista penalistico, poi, l'irruzione delle linee guida nel panorama della responsabilità medica costituisce un'ipotesi di positivizzazione delle regole cautelari vigenti per la disciplina del comportamento medico, si inserisce nel più generale fenomeno di trasmutazione della colpa da *generica* a *specificata*<sup>304</sup>. Sotto il profilo metodologico e contenutistico, inoltre, le cautele elaborate nelle linee guida, paiono apparentabili alle tendenze di proceduralizzazione mediante gestione del rischio, già sperimentata in altri settori dell'ordinamento penale. La codificazione delle *leges artis* viene salutata nel panorama penalistico con tendenziale favore, in quanto rilascia un parziale rimedio all'indeterminatezza dell'illecito colposo e offre al giudice un valido termine di paragone di sicuro ausilio per la valutazione della condotta colposa, limitandone – al contempo – la discrezionalità.

L'individuazione di *standard* cautelari predeterminati dovrebbe valere a restituire all'ambito della responsabilità penale medico-chirurgica la certezza del diritto necessaria a garantire il rispetto dei principi di colpevolezza e di irretroattività nella misura in cui valgono a riconoscere il valore orientativo del precetto. La cristallizzazione del sapere scientifico diffuso e raccomandato dalla

---

<sup>303</sup> Segnala come questo cambio di passo sia stato avvertito dallo stesso *Institute of Medicine* A. R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 10.

<sup>304</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 2.

comunità scientifica, impedirebbe inoltre la lettura retrospettiva condizionata dall'*hindsight bias* che spesso porta la giurisprudenza a tenere in considerazione anche le conoscenze maturate successivamente alla condotta<sup>305</sup>.

A fronte delle numerose esternalità positive che si prospettano nell'orizzonte della pratica medica supportata e orientata dal sapere scientifico codificato, sono state sollevate anche alcune concrete perplessità. In particolare, si è evidenziato come l'opzione a favore della positivizzazione delle migliori pratiche sia in realtà poco idonea a rappresentare le specificità esibite da ciascun caso clinico (tanto che la scelta dell'inosservanza si rivela talvolta preferibile) e la varietà di vedute espresse dalle diverse scuole di pensiero che convivono nella comunità scientifica<sup>306</sup>. L'irregimentazione dell'arte medica tradirebbe inoltre la banalizzazione dell'attività professionale e metterebbe a repentaglio il principio di libertà di cura che permea la prestazione medica che verrebbe contaminato da nuove declinazioni del fenomeno della c.d. *medicina difensiva*<sup>307</sup>. Un'altra ombra che si stende sull'istituto coincide con i dubbi relativi ai criteri ispiratori sottesi alla redazione di linee guida e dal *milieu* di provenienza del soggetto normatore. Infatti, alle ragioni puramente terapeutiche che sicuramente devono essere presenti affinché la fonte privata possa essere tenuta in considerazione ai fini cautelari, se ne possono affiancare delle altre dettate da logiche economiche e organizzative che possono prospettare conflitti di interesse rispetto alla tutela del paziente.

---

<sup>305</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, p. 648; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 235.

<sup>306</sup> F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1063.

<sup>307</sup> Cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit. p. 238-239.



Come si chiarirà meglio oltre, a questo apparato autonormativo afferiscono una pluralità di fonti variamente declinabili a seconda della loro portata e della loro ispirazione. Oltre alle linee guida propriamente dette, possono ricondursi al paradigma autonormativo medico-chirurgico anche: i protocolli, generalmente più specifici e dettagliati; le *check list*, che contengono un elenco di adempimenti da espletare in un certo ordine<sup>308</sup>; i c.d. *pathways*, percorsi di coordinamento delle cure contraddistinti dall'approccio multidisciplinare; e gli *standard*, che indicano i valori minimi e massimi di riferimento.

Nonostante, ai fini della presente analisi si riveli centrale soprattutto l'assetto normativo risultante dall'ultima riforma (introdotta dalla L. 8 marzo 2017, n. 24, recante “*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*”), pare opportuno procedere *à rebours* per mettere in luce l'evoluzione del ruolo ricoperto dalle linee guida nel nostro ordinamento (§ 4.1).

Successivamente, sarà opportuno analizzare i profili statici che caratterizzano questo paradigma autonormativo, dando conto della *ratio* ispiratrice che ha dato origine alle norme, della loro natura e del loro contenuto, dei soggetti abilitati all'adozione di tali regole e delle metodologie impiegate per la loro elaborazione (§ 4.2).

---

<sup>308</sup> Cfr. C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal cd. Decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2013, p. 60: «liste o schemi di controllo mutuati dall'esperienza pionieristica dell'aviazione civile, che si prefiggono di “catturare” gli errori generati dalla complessità crescente dell'ars medica. (...) Essi consistono in una corolla di adempimenti necessari e sistematici, ciascuno dei quali va eseguito e “spuntato” dalla lista prima di procedere al compimento del successivo. (...) Se una verifica non ha avuto luogo, o se ha prodotto un risultato di segno negativo, nel senso che l'azione non è stata eseguita secondo la procedura corretta, non si può proseguire alla fase seguente»

In ultimo, come si suole nella stesura di questo capitolo, si raffronterà l'autonormazione del settore sanitario con le categorie enucleate sul piano strutturale e su quello dinamico, nell'ambito dei capitoli precedenti (§ 4.3).

#### **4.1. Evoluzione normativa in materia di linee guida medico-chirurgiche**

Per ordinare il discorso cronologicamente, si è scelto di ripartire l'analisi di questa evoluzione in tre fasi, scandite come segue: la stagione *giurisprudenziale* (§ 4.1.1), in cui il sapere scientifico ha fatto ingresso nell'ordinamento attraverso il canale del processo penale; la stagione del *primo rinvio legislativo* (§ 4.1.2), corrispondente alla vigenza del D. L. n. 189 del 2012, c.d. *Balduzzi*; e la stagione della *seconda riforma* (§ 4.1.3), coincidente – appunto – con la disciplina introdotta dalla L. n. 24 del 2017.

##### **4.1.1. La rilevanza giurisprudenziale delle linee guida prima del 2012**

Il primo canale di accesso che ha dischiuso le porte del nostro ordinamento alle linee guida è il processo penale. Nei casi di *medical malpractice* al vaglio delle Corti, da sempre, si crea una nicchia in cui è necessario che il sapere tecnico trasmigri nella sfera di conoscenza del giudice. Il ruolo di *medium* in questo passaggio di sapere è stato tradizionalmente svolto dalla figura esperta del medico legale che trasferisce il proprio *know-how* al giudice funzionalmente al *quaesitum* sollevato dal giudizio. In questa fase primordiale, le linee guida penetrano nel processo nella misura in cui integrano il patrimonio culturale scientifico dell'esperto.

Con la crescente formalizzazione e disponibilità delle linee guida, si assiste ad una progressiva conquista di autorevolezza di tali fonti nelle pronunce

giurisprudenziali, che richiamano espressamente le linee guida per dotare o destituire di fondamento il rimprovero di colpa professionale.

È stato notato in diversi contesti come, in questa fase, le linee guida si prestino ad essere utilizzate tanto in chiave accusatoria, nei casi in cui l'inosservanza delle raccomandazioni ivi contenute fondi il rimprovero alla base dell'imputazione del medico (*inculpatory way*)<sup>309</sup>, quanto in chiave difensiva come fonte richiamata a propria discolpa dal sanitario (*exculpatory way*)<sup>310</sup>. Esistono anche casi in cui le linee guida vengono invocate come supporto per l'accertamento della condotta colposa del medico, rilevando l'esistenza di una perdurante *elasticità* della regola cautelare cristallizzata nella fonte autonormata (dal che deriva la necessità che il sanitario non si limiti ad osservarla supinamente, ma che la cali nelle circostanze specifiche del caso concreto)<sup>311</sup>; casi in cui viene puntualizzata la *non esaustività* delle linee guida ai fini della determinazione delle regole cautelari che il medico è tenuto ad osservare<sup>312</sup>, la necessità di una loro *individualizzazione*.

---

<sup>309</sup> In questo senso, vengono richiamate da A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli*, cit., p. 12-14; Cass. Pen., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, ric. Pozzi, in Foro it., 2008, II, 279; Cass. Pen., sez. IV, 19 gennaio 2006, n. 16995, L. A. N.; Cass. Pen., sez. IV pen., 24 febbraio 2000, Minnella; Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2002, n. 22341; Trib. Milano, 21 luglio 2000, Gargiulo, in Rass. dir. farmaceutico, 2001, 261; Trib. Rovereto, 1 dicembre 2009, n. 230, T. A.; Trib. Sulmona, 15 maggio 2008, ivi..

<sup>310</sup> Nel senso dell'*exculpatory way*, *ibidem*: Cass. Pen., sez. IV pen., 2 marzo 2007, n. 19354, Duce; Cass. Pen., sez. IV pen., 8 giugno 2006, Cardillo e altri.

<sup>311</sup> Cass., sez. IV pen., 8 febbraio 2001, Bizzarri e altri; Cass. Pen., Sez. IV, 23 novembre 2011, n. 8254, Grassini.

<sup>312</sup> Trib. Vigevano, 9 gennaio 2006, Ronzoni, in Riv. pen., 2006, 451; C.d.A. Milano, 13 febbraio 2007, inedita, confermata da Cass., sez. IV, 5 giugno 2009, n. 38154; Cass. Pen., sez. IV, 9 maggio 2007, n. 26442.

Altra parte della dottrina ha classificato quattro ipotesi a tenore delle quali le linee guida, già prima della riforma Balduzzi, hanno interferito sul giudizio relativo alla colpa del medico<sup>333</sup>.

In senso accusatorio, il mancato rispetto delle linee guida viene ritenuto fondante rispetto al rimprovero colposo nel caso in cui il sanitario si discosti dalle stesse senza motivo oppure sbagli la diagnosi per via degli omessi accertamenti raccomandati. È possibile sostenere l'accusa di colpa medica anche qualora il medico osservi supinamente le linee guida senza interrogarsi sull'opportunità di discostarsi nel caso in cui si siano manifestati segnali che deponevano a favore di questa seconda scelta.

L'*exculpatory way* trova margini di applicazione laddove, invece, si verifichi l'evento lesivo nonostante il medico abbia seguito le linee guida cliniche in assenza di segnali indicatori che facessero propendere per una procedura alternativa. Sempre nel senso di una valorizzare un approccio personalizzato al paziente, non può essere ritenuto in colpa il medico che non abbia seguito le linee guida sulla base di una razionale valutazione che lo ha condotto ad escluderne l'utilità nel caso concreto.

In buona sostanza, la giurisprudenza che precede la riforma *Balduzzi* rivela un approccio misurato che non assolutizza l'osservanza (o l'inosservanza) delle linee guida, riconfermando gli orientamenti espressi dal codice di deontologia medica che, all'art. 13 nel confermare l'autonomia e la competenza esclusiva del medico nello svolgimento della sua attività (che impegna

---

<sup>333</sup> Per questa ricostruzione cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale e sicurezza delle cure*, cit., p. 241-242.

conseguentemente la sua responsabilità)<sup>314</sup> lo vincola al rispetto delle *evidenze scientifiche* disponibili, all'*uso ottimale delle risorse* e ai *principi di efficacia clinica, di sicurezza e di appropriatezza*<sup>315</sup> pare introdurre – al più – un obbligo di consultazione e di informazione rispetto alle linee guida e ai protocolli. All'art. 13 c. 3 e 4 viene infatti sancito:

“3. Il medico tiene conto delle linee guida diagnostico-terapeutiche accreditate da fonti autorevoli e indipendenti quali raccomandazioni e ne valuta l'applicabilità al caso specifico.

4. L'adozione di protocolli diagnostico-terapeutici o di percorsi clinico-assistenziali impegna la diretta responsabilità del medico nella verifica della tollerabilità e dell'efficacia sui soggetti coinvolti.”

Prevale un orientamento in cui la libertà terapeutica che implica l'autonomia e la responsabilità del medico occupa il fulcro inamovibile della pratica medico-sanitaria. Pur esistendo fattori in grado di spostare gli assetti dell'autonomia e della responsabilità del medico (l'esistenza di linee guida che incidono sulle scelte del medico) sino addirittura a limitarne l'estensione (si pensi alle ricadute derivanti dalla mancata prestazione del consenso del paziente o dal rifiuto delle cure), nessuno di questi è in grado di scardinare l'impianto di base.

#### ***4.1.2. La positivizzazione del rinvio con il decreto Balduzzi***

Con il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modifiche nella L. 8 novembre 2012, n. 189, recante “Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute” le fonti

---

<sup>314</sup> Codice di deontologia medica, art. 13 c. 1: “La prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione è una diretta, specifica, esclusiva e non delegabile competenza del medico, impegna la sua autonomia e responsabilità e deve far seguito a una diagnosi circostanziata o a un fondato sospetto diagnostico”

<sup>315</sup> Art. 13 c. 2, Cod. Deont. Med.

private di autonormazione in materia medico-sanitaria vengono per la prima volta richiamate esplicitamente nel tessuto normativo dell'ordinamento statale.

Nella versione originaria del decreto, prima che intervenissero le modifiche apportate in sede di conversione, il riferimento alle linee guida figurava all'art. 3 c. 1, in questi termini:

Fermo restando il disposto dell'art. 2236 del codice civile, nell'accertamento della colpa lieve nell'attività dell'esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell'art. 1176 del codice civile, tiene conto in particolare dell'osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale ed internazionale.

Un'impostazione di stampo marcatamente civilistico ha contraddistinto la formulazione originaria del decreto, anche se i riverberi sul piano penalistico avrebbero comunque potuto osservarsi in ragione della persistente influenza che l'art. 2236 c.c., pur con differenti fortune nelle diverse stagioni giurisprudenziali, ha tradizionalmente esercitato nel campo del giudizio sulla colpa medica<sup>316</sup>.

Una netta inversione di tendenza si registra, invece, in fase di conversione del decreto che, una volta modificato dalla L. n. 189 del 2012, presenta un nuovo art. 3 che risulta così formulato:

Art. 3:

1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve.
2. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile. Il Giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.

---

<sup>316</sup> Per una ricostruzione della diversa rilevanza riconosciuta al parametro fornito dal 2236 c.c. in ambito penalistico dalla giurisprudenza cfr. A. R. DI LANDRO, *La colpa medica negli stati uniti e in italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, p. 93 ss.

La nuova disciplina dedica espressamente il primo comma alla responsabilità di matrice penalistica, introducendo un'esimente per il medico che incorra in colpa lieve nell'attenersi alle linee guida.

La novella disciplina normativa ha sollevato numerose critiche soprattutto provenienti da parte della giurisprudenza che non ha risparmiato alla disposizione in oggetto neppure l'eccezione di legittimità costituzionale<sup>317</sup>. Parte della dottrina, invece, ha accolto la novella con un maggiore ottimismo, smorzato tuttavia dai numerosi limiti evidenziati dalla nuova normativa<sup>318</sup>. Non è possibile in questa sede approfondire ognuno dei profili più o meno critici emergenti dalla riforma, ci si limiterà dunque all'analisi delle questioni riguardanti la positivizzazione del riferimento alle linee guida.

*In primis*, si nota come il riferimento alle linee guida non consti di un rinvio indiscriminato a qualsivoglia fonte privata di disciplina dell'attività medica, l'effetto esimente riconosciuto dall'art. 3 viene infatti riconosciuto soltanto laddove l'operatore sanitario aderisca a linee guida e buone pratiche

---

<sup>317</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 9 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, in Cass. Pen. 2013, pp. 2985 ss. Che giudica "laconica e incompleta" la nuova disciplina. Con riferimento alla questione di legittimità costituzionale, poi giudicata manifestamente inammissibile con ord. 2 dicembre 2013, n. 295 per difetto di motivazione in punto di rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, Cfr. Trib. Milano, Sez. IX, 21 marzo 2013, est. Giordano in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di M. SCOLETTA, *Rispetto delle linee guida e non punibilità per colpa lieve dell'operatore sanitario: la "norma penale di favore" al giudizio della Corte costituzionale*.

<sup>318</sup> D. PULITANÒ, *Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2013, pp. 73 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come fosse diritto e di diritto come fosse matematica)*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 7; G. Forti, *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspiccate e riforme attuate*, in *Dir. Pen. Proc.*, XXI (6), 2015, 738-742 C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 264, in quanto essa ridona «centralità al diritto conformativo (alla regola del comportamento), intervenendo sul 'tipo' colposo, che viene 'riempito' di contenuti 'positivizzati' dalle comunità epistemiche, così da ridurre gli spazi di discrezionalità del giudice penale, che, non di rado, guidato da un insano protagonismo, si è ispirato al corrivo adagio che una colpa si trova sempre».

che godono del credito della comunità scientifica. In tal senso, il decreto *Balduzzi* ha il merito di operare un primo sfrondamento nella folta varietà di fonti riconducibili al *genus* delle linee guida e delle buone pratiche.

Quanto al perimetro degli effetti dell'art. 3, corre l'obbligo di sgombrare il campo da un'ipotesi che sicuramente non gode dell'esimente ivi concessa dal legislatore. Si tratta dei casi in cui si verifichi *ab origine* un errore di inquadramento del caso specifico negli schemi di azione suggeriti dal sapere scientifico. In questo caso, la fedeltà alle raccomandazioni è frutto di un'aberrazione diagnostica che rende del tutto inconferente oltre che ontologicamente sbagliata l'osservanza delle linee guida.

Una delle prime perplessità sollevate con riferimento alla disciplina risultante dall'art. 3 del decreto finale consiste nel fatto che l'esenzione della responsabilità penale viene ricondotta alla controversa situazione in cui l'operatore sanitario versi in colpa, nonostante si sia attenuto alle regole cautelari stabilite dalle linee guida. A letture che sconfessano completamente la configurabilità di una simile ipotesi<sup>319</sup>, se ne sono affiancate delle altre che contemplano la possibilità che anche su di una condotta conforme alle linee guida possano innestarsi profili di colpa.

L'ossimoro contenuto nel nuovo art. 3 sarebbe, in realtà solo apparente, poiché occorre tenere presente che le specificità del caso concreto e la sopraindicata inadeguatezza delle linee guida a rappresentarne tutte le possibili sfumature creano una situazione in cui residuano spazi per il dispiegarsi di una

---

<sup>319</sup> P. PIRAS, *In culpa sine culpa*



condotta colposa del medico<sup>320</sup>. Sarebbero intarsiate in questo scenario le ipotesi in cui il medico, dopo aver correttamente inquadrato il caso e sapientemente selezionato le raccomandazioni scientifiche tese a massimizzarne gli esiti positivi, commetta un errore *in executivis* nell'adeguamento della direttiva astratta al caso concreto. In questo caso, il professionista medico risponderà penalmente esclusivamente per l'errore frutto di colpa non lieve<sup>321</sup>.

Un altro esempio in cui è rinvenibile uno strascico di colpa, pur nell'esercizio di attività medica coerente con le linee guida, si verifica nell'ipotesi in cui il medico persista nell'applicazione delle linee guida correttamente individuate inizialmente, nonostante le specificità del caso concreto reclamino il discostamento dalla scelta originaria<sup>322</sup>.

---

<sup>320</sup> Tali ipotesi vengono perspicuamente messe a fuoco da una ormai celebre sentenza della Cassazione, cfr. Cass. Pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore: «occorre considerare che le linee guida, a differenza dei protocolli e delle check list, non indicano una analitica, automatica successione di adempimenti, ma propongono solo direttive generali, istruzioni di massa, orientamenti. Esse, dunque, vanno in concreto applicate senza automatismi, ma rapportandole alle peculiari specificità di ciascun caso clinico. Potrà ben accadere, dunque, che il professionista debba modellare le direttive, adattandole alle contingenze che momento per momento gli si prospettano nel corso dello sviluppo della patologia e che, in alcuni casi, si trovi a dovervi addirittura derogare radicalmente. Il legislatore ha evidentemente tenuto conto di tale situazione, disciplinando l'evenienza di un terapeuta rispettoso delle "istruzioni per l'uso" e tuttavia in colpa»

<sup>321</sup> Cass. Pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore: «Potrà – anzitutto – ben accadere che il professionista si orienti correttamente in ambito diagnostico o terapeutico, si affidi cioè alle strategie suggeritegli dal sapere scientifico consolidato, inquadri correttamente il caso nelle sue linee generali e tuttavia, nel concreto farsi del trattamento, commetta qualche errore pertinente proprio all'adattamento delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità che gli si prospettano nello specifico caso clinico. In tale caso, la condotta sarà soggettivamente rimproverabile, in ambito penale, solo quando l'errore non sia lieve»

<sup>322</sup> Cass. Pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore: «Potrà pure accadere che, sebbene in relazione alla patologia trattata le linee guida indichino una determinata strategia, le già evocate peculiarità dello specifico caso suggeriscano addirittura il discostarsi radicalmente dallo standard, cioè di disattendere la linea d'azione ordinaria. Siffatta eventualità può essere agevolmente ipotizzata, ad esempio, in un caso in cui la presenza di patologie concomitanti imponga di tenere in conto anche i rischi connessi alle altre affezioni e di intraprendere, quindi, decisioni anche radicalmente eccentriche rispetto alla prassi ordinaria»

L'impostazione offerta dalla riforma *Balduzzi* e, in particolare, la concretizzazione prasseologica osservabile negli arresti giurisprudenziali sembrano giungere a soluzioni molto vicine agli approdi già tracciati da quella giurisprudenza che, già prima del decreto 158/2012, predicava un ricorso alle linee guida privo di automatismi e di scriteriata e supina osservanza.

Chiarito un primo profilo attinente allo spazio applicativo riservato all'art. 3, si è posto l'ulteriore problema di individuare il *discrimen* tra colpa lieve e colpa grave al fine di marcare la condotta penalmente rilevante a tenore della nuova normativa. In assenza di precise indicazioni normative, la giurisprudenza ha valorizzato (seppur non riconoscendole un'importanza capitale) la rilevanza delle linee guida parametro per determinare se il grado della colpa del medico assurga o meno oltre il limite della colpa lieve. Nella sentenza *Cantore* la Cassazione puntualizza infatti:

«Come si è visto, per un lungo periodo si è ritenuto che la responsabilità colposa del sanitario potesse configurarsi solo in caso di macroscopica violazione delle regole più elementari dell'ars medica: la plateale ignoranza o l'altrettanto estrema assenza di perizia nell'esecuzione dell'atto medico. Naturalmente, in casi di tale genere non vi può essere dubbio sulla gravità della colpa. Tuttavia tale definizione appare riduttiva. Essa si confronta con la marcata violazione delle regole basilari e traccia la figura di un terapeuta radicalmente inadeguato rispetto al suo ruolo. Tuttavia, occorre considerare che lo stato attuale della medicina appare assai più complesso e sofisticato: la valutazione sull'adeguatezza dell'approccio terapeutico non può essere realisticamente rapportata a poche, essenziali regole di base. Al contrario, si assiste al proliferare di complesse strategie diagnostiche e terapeutiche, governate da "istruzioni" articolate, spesso tipiche di ambiti specialistici o superspecialistici. In tali contesti sarebbe riduttivo discutere di gravità della colpa con riguardo alle sole regole basilari. Al contrario, l'entità della violazione delle prescrizioni va rapportata proprio agli standard di perizia richiesti dalle linee guida, dalle virtuose pratiche mediche o, in mancanza, da corroborate informazioni scientifiche di base. Quanto maggiore sarà il distacco dal modello di comportamento, tanto maggiore sarà la colpa; e si potrà ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato definito dalle standardizzate regole d'azione. Attraverso tale raffronto la ponderazione

demandata al giudice acquisisce una misura di maggiore determinatezza o, forse, solo di minore vaghezza.»<sup>323</sup>

La giurisprudenza ha inoltre affrontato il tema collegato alla portata degli effetti abrogativi delle fattispecie di omicidio e lesioni colpose determinati dalla legge 189 del 2012, in particolare se questi ultimi siano limitati esclusivamente alla colpa per imperizia<sup>324</sup>. Il quesito si è posto in quanto gli arresti precedenti avevano individuato nell'imperizia il terreno di elezione per l'applicazione della nuova normativa e che, di conseguenza, l'esenzione della responsabilità non fosse riconducibile alle condotte viziate da negligenza e imprudenza, in quanto si riteneva che le linee guida dettassero regole cautelari di perizia<sup>325</sup>.

Per contro, altri arresti avevano rilevato che l'art. 3 può venire in rilievo anche con riferimento a ipotesi in cui il parametro della condotta fosse calibrata

---

<sup>323</sup> Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, p. 15, che nelle pagine successive ridimensiona la conferenza del confronto con lo standard imposto dalle linee guida precisando: « L'indicato criterio generale non appare incompatibile con la nuova normativa. La novella, infatti, come si è visto, si riferisce ad un terapeuta che si sia mantenuto entro l'area astrattamente, genericamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia in qualche guisa errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato. Qui, verosimilmente, per misurare il grado della colpa sarà scarsamente concludente il raffronto con le regole standardizzate, con le linee guida, che si assumono rispettate nella loro complessiva, generica configurazione. Si può ragionevolmente affermare che, in tale situazione, la colpa assumerà connotati di grave entità solo quando l'erronea conformazione dell'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente.» per poi proseguire: « Discorso non dissimile può esser fatto nel caso in cui il terapeuta si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti fattori di rischio o le contingenze che giustifichino la necessità di discostarsi radicalmente dalla routine. In tale situazione potrà parlarsi di colpa grave solo quando i riconoscibili fattori che suggerivano l'abbandono delle prassi accreditate assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente. »

<sup>324</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23183, Denegri.

<sup>325</sup> In questo senso, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493; Cass. Pen., Sez. IV, 27 aprile 2015, n. 263826.

sulla diligenza del medico<sup>326</sup>. Si potrebbe dunque riconoscere uno spazio applicativo al rimprovero per colpa lieve anche rispetto al profilo della diligenza laddove, per esempio, non è possibile escludere che nelle linee guida “siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza, che quella della adeguatezza professionale”<sup>327</sup>. La difficoltà nel distinguere tra negligenza, imperizia e imprudenza dipende dal fatto che, essendosi sempre posti in via alternativa, la distinzione ha per lo più rivestito nel panorama giurisprudenziale e dottrinale una portata solo nominalistica di secondaria importanza. La Corte continua, sempre nell’ambito della pronuncia n. 23283 del 2016, continua rilevando:

«L’indeterminatezza delle regole di diligenza è poi comprovata dalla variegata tipologia di obblighi, nel solo settore della responsabilità sanitaria, che alle stesse sono stati ritenuti riconducibili nell’esperienza giudiziaria. Si pensi agli obblighi informativi posti a carico del capo dell’équipe chirurgica (Sez. 4, Sentenza n. 3456 del 24/11/1992, Rv. 198445) ed a quelli relativi alla omessa richiesta di intervento di specialisti, in ausilio, da parte del terapeuta (Sez. 4, Sentenza n. 11086 del 15/06/1984, Rv. 167080), tutti riferibili a regole di diligenza», sicché «allo stato della elaborazione scientifica e giurisprudenziale, neppure la distinzione tra colpa per imprudenza (tradizionalmente qualificata da una condotta attiva, inosservante di cautele ritenute doverose) e colpa per imperizia (riguardante il comportamento, attivo od omissivo, che si ponga in contrasto con le *leges artis*) offre uno strumento euristico conferente, al fine di delimitare l’ambito di operatività della novella sulla responsabilità sanitaria; ciò in quanto si registra una intrinseca opinabilità, nella distinzione tra i diversi profili della colpa generica, in difetto di condivisi parametri che consentano di delineare, in termini tassativi, ontologiche diversità, nelle regole di cautela».

Sarà quindi la singola regola di volta in volta violata a rivelare la natura del rimprovero colposo che è possibile muovere all’esercente la professione sanitaria. Peraltro, l’orientamento propugnato dalla Cassazione sarebbe confermato dal fatto che la limitazione alla sola imperizia non sarebbe

---

<sup>326</sup> In questo senso, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 16 novembre 2015, n. 45527 ; Cass. Pen., Sez. IV, 17 novembre 2014, n. 47289.

<sup>327</sup> Ibidem, p. 13.

desumibile dall'art. 3 della l. 189 del 2012, né risulta dal dato normativo il riferimento alla particolare difficoltà del caso clinico, rispettando così le “istanze di tassatività, che permeano lo statuto della colpa generica, posto che il giudice, nella graduazione della colpa, deve tenere conto del reale contenuto tecnico della condotta attesa, come delineato dalla raccomandazione professionale di riferimento”.

La parentesi della riforma *Balduzzi* si chiude, dunque, all'insegna di una limitazione della responsabilità dell'esercente le professioni sanitarie che, nell'attenersi alle linee guida (correttamente individuate) incorra in colpa lieve derivante da errori generati da profili di colpa (generica) anche diversi dall'imperizia.

#### 4.1.3. *La riforma del decreto Gelli-Bianco*

La disciplina contenuta nella riforma *Balduzzi* ha avuto scarso respiro, dal momento che, a distanza di poco più di quattro anni, il legislatore ha deciso di rimettere mano al regime della colpa medica<sup>328</sup>. La L. 8 marzo 2017, n. 24,

---

<sup>328</sup> La riforma ha aperto nuove prospettive nel settore della responsabilità medica, il dibattito sulla novella normativa è stato da subito molto fervido in dottrina. Cfr. S. ALEO, *Considerazioni critiche sull'art. 6 della legge Gelli in materia di responsabilità sanitaria*, in *Ind. pen.*, 2017, pp. 593 ss.; G. AMATO, *Professionisti “salvi” se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, 2017, 15, pp. 51 ss.; C. BRUSCO, *La nuova legge sulla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *www.ilpenalista.it*, 1 marzo 2017; G.M. CALETTI- M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, pp. 84 s; M.CAPUTO, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017 ... “quo vadit”? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi*, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 293 ss.; CAPUTO M., *‘Promossa con riserva’. La Legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene ‘rimandata a settembre’ per i decreti attuativi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 724 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2017; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 573 ss; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa*

recante *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie* ha infatti rimescolato le carte della responsabilità derivante dall'esercizio della professione medica.

Il *novum* normativo si pone in parziale continuità con rispetto all'impostazione della precedente riforma, anche se non mancano profili inediti pensati per emendare le carenze evidenziate dalla legislazione previgente<sup>329</sup>.

Prima di addentrarci nel raffronto specificamente dedicato alla colpa medica dell'esercente la professione sanitaria, vale la pena percorrere cursoriamente degli altri aspetti messi in luce dalla Legge c.d. *Gelli-Bianco*.

In primo luogo, una delle novità più importanti riguarda l'introduzione nelle organizzazioni sanitarie di un sistema di prevenzione del rischio clinico realizzata mediante moduli di detezione e gestione dello stesso, per soddisfare il

---

*medica e recenti riforme*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2 maggio 2017; O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2151 ss, ID., *Colpa penale, "Legge Balduzzi" e "Disegno di Legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 386 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 giugno 2017; G. PAVICH, *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: cosa cambia con la Legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2961 ss.; PIRAS P., *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 marzo 2017; P.F. POLI, *Il D.D.L. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 febbraio 2017; L. RISICATO, *Il nuovo statuto della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 7 giugno 2017; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 21 luglio 2017.

<sup>329</sup> C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., p. 202.

principale obiettivo perseguito dalla riforma: la sicurezza delle cure come espressione della tutela del diritto alla salute<sup>330</sup>.

Il sistema di gestione del rischio viene organizzato secondo la logica dialogica tra le organizzazioni periferiche e quelle centrali che sono costantemente a contatto grazie ai canali di comunicazione istituiti (e aperti anche agli utenti)<sup>331</sup> al fine di raccogliere e rielaborare i dati sui rischi tramite l'Osservatorio nazionale delle pratiche sulla sicurezza nella sanità, istituito ai sensi dell'art. 3 della nuova legge, che elabora "linee di indirizzo, individua idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario". Le

---

<sup>330</sup> Art. 1, L. 24 del 2017: 1. La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività. 2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. 3. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

<sup>331</sup> Art. 2. Attribuzione della funzione di garante per il diritto alla salute al Difensore civico regionale o provinciale e istituzione dei Centri regionali per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente. (...) 2. Il Difensore civico, nella sua funzione di garante per il diritto alla salute, può essere adito gratuitamente da ciascun soggetto destinatario di prestazioni sanitarie, direttamente o mediante un proprio delegato, per la segnalazione di disfunzioni del sistema dell'assistenza sanitaria e sociosanitaria. 3. Il Difensore civico acquisisce, anche digitalmente, gli atti relativi alla segnalazione pervenuta e, qualora abbia verificato la fondatezza della segnalazione, interviene a tutela del diritto leso con i poteri e le modalità stabiliti dalla legislazione regionale. 4. In ogni regione è istituito, con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, il Centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, che raccoglie dalle strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private i dati regionali sui rischi ed eventi avversi e sul contenzioso e li trasmette annualmente, mediante procedura telematica unificata a livello nazionale, all'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, di cui all'articolo 3. 5. All'articolo 1, comma 539, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, è aggiunta, in fine, la seguente lettera: «d-bis) predisposizione di una relazione annuale consuntiva sugli eventi avversi verificatisi all'interno della struttura, sulle cause che hanno prodotto l'evento avverso e sulle conseguenti iniziative messe in atto. Detta relazione è pubblicata nel sito internet della struttura sanitaria».

risultanze del monitoraggio vengono periodicamente presentate alle Camere e sono oggetto di diffusione nelle strutture periferiche per garantire l'aggiornamento e la formazione del personale. Di particolare rilevanza risulta la norma prevista all'art. 16 della L. n. 24 del 2017 che, nell'ottica di garantire la serenità nello svolgimento delle attività di *risk management* e la trasparenza e la veridicità delle sue risultanze prevede che "I verbali e gli atti conseguenti all'attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell'ambito di procedimenti giudiziari"<sup>332</sup>.

Sempre nell'ottica di una proceduralizzazione del controllo del rischio, può essere letta la disposizione (art. 4 della Legge) riguardante l'obbligo di trasparenza cui sono soggette le prestazioni sanitarie erogate presso le strutture pubbliche.

La gestione del rischio mediante questi strumenti costituisce una importante innovazione dal punto di vista dell'impiego delle fonti autonormate funzionali alla prevenzione del rischio clinico poiché proietta il paradigma autonormativo, sino a "ieri" limitato all'ambito della disciplina della condotta (e alla relativa responsabilità) del singolo esercente la professione sanitaria, anche sul piano dell'organizzazione sanitaria complessa.

Per quanto più specificamente correlato all'autonormazione sanitaria già conosciuta nel nostro ordinamento, l'intento della Legge *Gelli-Bianco* pare essere quello di perpetrare – e di potenziare – la valorizzazione delle linee guida inaugurata con la precedente riforma, correggendo alcune delle contraddizioni emerse nella prassi.

---

<sup>332</sup> Sul punto cfr. G.M. CALETTI-M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit. p. 105-106.



Gli articoli che modificano gli assetti della responsabilità penale in ambito medico-sanitario sono il 5 e il 6. Vale la pena passarli in rassegna dettagliatamente vista la densità di innovazioni apportate.

L'art. 5, rubricato "Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida", al comma 1 prevede:

1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

*In primis*, spicca il riferimento alle *specificità del caso concreto*, che si atteggia come una sorta di "clausola di salvaguardia" che sancisce espressamente il rifiuto di qualsiasi cieco automatismo e pedissequa conformazione del comportamento del medico nell'attenersi alle linee guida durante l'esercizio delle prestazioni mediche. In buona sostanza, la legge certifica gli orientamenti già consolidatisi in dottrina e in giurisprudenza circa l'uso razionale delle linee guida da parte del medico, pena la mancata operatività della disciplina di favore.

In secondo luogo, pare di capitale importanza la circoscrizione delle fonti autonormate cui la legge fa rinvio, che sfoitisce ulteriormente (rispetto alla prima opera di sfrondamento realizzata con la precedente riforma) la selva di normative cui il medico può attingere per orientare la propria attività<sup>333</sup>. È

---

<sup>333</sup> M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 353: «Si ricava un triplice obiettivo: a) elevare le linee guida a codice ufficiale di riferimento dell'agire clinico, riconoscendo loro una primazia deontologica e di appropriatezza cautelare (fatte salve le

interessante soprattutto notare come, nell'operare tale selezione, il legislatore abbia tentato di epurare la normativa dai dubbi sorti in giurisprudenza e dottrina circa l'eterogenesi dei fini che sarebbe potuta discendere dall'elefantiasi normativa degli *standard* privati o dall'affermazione di discipline autonormate redatte da soggetti in potenziale conflitto di interessi, o ispirate da esigenze che si allontanano dal *focus* dell'innalzamento della qualità delle cure funzionale alla tutela del paziente<sup>334</sup>.

A tal fine, la legge si preoccupa di fissare con precisione i requisiti necessari per l'iscrizione all'albo che dovranno essere individuati nel dettaglio tramite Decreto Ministeriale, così esprimendosi al c. 2:

2. Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce:
  - a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale;
  - b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti

---

peculiarità del caso concreto); b) definire la questione dell'autorevolezza, diversamente dalla bozza Alpa, responsabilizzando il ruolo delle società scientifiche selezionate dal Ministero; c) diffondere la cultura delle linee guida, facilitandone il reperimento e la consultazione attraverso un'opera di pubblicità di matrice istituzionale.»

<sup>334</sup> Su questi profili cfr. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., p. 246 ss.; A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 62 ss.; D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, p. 977; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, p. 204: «Avere sottratto al singolo medico (ma anche al giudice) il vaglio preventivo di credibilità e affidabilità delle fonti cui doversi attenere rappresenta uno sforzo apprezzabile, tenuto conto delle ben note obiezioni relative al numero elevato di linee guida elaborate dalle innumerevoli società scientifiche che intervengono, sovente su posizioni contrapposte, nei singoli ambiti di competenza, alimentando il timore di scelte postume, e cioè di una selezione ex post delle fonti per giustificare, anzitutto in sede processuale, la condotta medica.».

di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica;

c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.

Le linee guida cui l'esercente la professione sanitaria deve attenersi sono quindi individuate secondo criteri che riservano la disciplina della materia a fonti che presentino una precisa fisionomia. In particolare, pare potersi individuare una riserva collegata alle garanzie che risiedono nell'organo deputato alla autonormazione e una riserva riconducibile alle garanzie procedurali offerte dall'*iter* di approvazione della fonte. Sotto il primo profilo, le garanzie afferiscono al profilo della *legittimazione dell'organo*<sup>335</sup> derivante dalla rappresentatività su scala nazionale e dalla istituzione mediante atto pubblico<sup>336</sup>; al profilo della *democraticità dell'organo*, espressa dal libero accesso e dalla partecipazione alle decisioni; al profilo dell'*integrità dell'organo*, desumibile dai requisiti di autonomia e indipendenza, dall'assenza di scopo di lucro e dagli obblighi di trasparenza imposti a livello economico<sup>337</sup>. Sotto il

---

<sup>335</sup> Il requisito è stato così trasposto dal D. Min. Salute, 2 agosto 2017, n. 186: Art. 2., c. 1: «a) rilevanza di carattere nazionale, con sezione ovvero rappresentanza in almeno dodici regioni e province autonome, anche mediante associazione con altre società o associazioni della stessa professione, specialità o disciplina; b) rappresentatività di almeno il 30% dei professionisti non in quiescenza nella specializzazione o disciplina, previste dalla normativa vigente, o nella specifica area o settore di esercizio professionale. Per i medici di medicina generale è richiesto un requisito di rappresentatività di almeno il 15% dei professionisti.»

<sup>336</sup> Cfr. D. Min. Salute, 2 agosto 2017, n. 186, art. 2, c. 1, lett. c).

<sup>337</sup> Questi ulteriori profili sono stati così trasposti dal D. Min. Salute, 2 agosto 2017, art. 2, c. 2: «Dall'atto costitutivo ovvero dallo statuto devono essere desumibili i seguenti elementi: a) denominazione, sede, patrimonio; b) specifica dichiarazione di autonomia e indipendenza dell'ente e dei suoi legali rappresentanti anche con riferimento al non esercizio di attività imprenditoriali o partecipazione ad esse, ad eccezione delle attività svolte nell'ambito del Programma nazionale di formazione continua in medicina (ECM); c) specifica previsione che l'ente non ha tra le finalità istituzionali la tutela sindacale degli associati o che, comunque, non svolge, direttamente o indirettamente, attività sindacale; d) previsione della massima partecipazione degli associati alle attività e alle decisioni dell'ente attraverso: indicazione del procedimento per la elezione democratica degli organismi statutari con votazione a

profilo della garanzia procedurale, si rivela centrale il requisito relativo alla individuazione dei sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica<sup>338</sup>. Il mantenimento di tali requisiti anche in seguito all'iscrizione all'albo viene garantito tramite il sistema di monitoraggio che possono determinare la sospensione o la cancellazione dallo stesso. Un netto passo avanti se si pensa che queste esigenze venivano in precedenza tutelate mediante il generico rinvio all'accreditamento delle linee guida presso la comunità scientifica.

Solo in mancanza di raccomandazioni che soddisfino questi criteri, il medico si dovrà attenere alle buone pratiche clinico-assistenziali.

---

scrutinio segreto e con durata limitata nel tempo, approvazione da parte dell'assemblea degli iscritti e/o degli organismi statutari, democraticamente eletti, dei bilanci preventivi e dei consuntivi, regolamentazione delle convocazioni dell'assemblea e degli altri organismi associativi nonché delle modalità con cui l'assemblea stessa e gli altri organismi deliberano; e) professione, disciplina specialistica o settore di attività specifico o prevalente, con previsione, per le società scientifiche intercategoriale e/o interdisciplinari, della possibilità che possano essere ammessi esclusivamente gli appartenenti alla specifica categoria professionale ovvero i professionisti che esercitano, anche se non in via esclusiva, la specifica attività che la società rappresenta; f) previsione dell'ammissione, senza limitazioni, di tutti i soggetti in possesso dei requisiti previsti dallo statuto, appartenenti alla categoria professionale o al settore specialistico o disciplina specialistica che operano nelle strutture e settori di attività del Servizio sanitario nazionale, o in regime libero-professionale, ovvero con attività lavorativa nel settore o nell'area interprofessionale che la società o l'associazione rappresenta; g) assenza di finalità di lucro; (...) k) espressa esclusione di retribuzione delle cariche sociali; l) previsione dell'obbligo di pubblicazione nel sito istituzionale dell'ente dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti; m) previsione che i legali rappresentanti, amministratori o promotori non abbiano subito sentenze di condanna passate in giudicato in relazione all'attività della società o dell'associazione. »

<sup>338</sup> Così individuati nel D. Min. Salute n. 186 del 2017: «h) previsione dell'obbligo di pubblicazione dell'attività scientifica attraverso il sito web della società o associazione, aggiornato costantemente; i) previsione della dichiarazione e della regolazione degli eventuali conflitti di interesse; j) previsione di un Comitato Scientifico per la verifica e controllo della qualità delle attività svolte e della produzione tecnico-scientifica, da effettuare secondo gli indici di produttività scientifica e bibliometrici validati dalla comunità scientifica internazionale»

La legge dimostra poi di preoccuparsi di garantire la più ampia e semplice accessibilità alle linee guida riconosciute istituendo il Sistema nazionale per le linee guida (SNLG) disciplinato nei compiti e nelle funzioni dal Ministero della Salute. Le linee guida e i relativi aggiornamenti vengono pubblicati sul sito internet dell'Istituto superiore di Sanità pubblica, dopo che sia stata effettuata una verifica sulla metodologia adottata per la redazione, sul rispetto degli standard definiti dallo stesso Istituto, e sulla rilevanza delle evidenze scientifiche richiamate quali supporto delle raccomandazioni<sup>339</sup>.

Poste queste doverose premesse, si può focalizzare l'attenzione sull'art. 6 che riguarda direttamente la riforma della responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria. A questo fine la legge prevede l'introduzione di un nuovo articolo nella trama del codice penale che disciplina i casi in cui le lesioni e l'omicidio colposi vengano commessi nell'esercizio della professione sanitaria.

1. Art. 590-sexies (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario). - Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

2. All'articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, il comma 1 è abrogato.<sup>340</sup>

Le novità più vistose che vengono in rilievo consistono nel fatto che la legge *Gelli-Bianco* ha disegnato una fattispecie *ad hoc* per la responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria, che esclude la punibilità nel caso

---

<sup>339</sup> Cfr. art. 5, c. 3, L. 8 marzo 2017, n. 24.

<sup>340</sup> Art. 6, L. n. 24 del 2017.

in cui l'evento sia cagionato dall'imperizia del soggetto che agisce nel rispetto delle linee guida (come definite ai sensi di legge) correttamente individuate e adeguate al caso concreto. Rispetto alla precedente disciplina, scompare il riferimento testuale alla colpa lieve e si delimita al perimetro dell'imperizia la validità della non punibilità.

#### **4.2. Metodi di adozione e contenuti delle linee guida e dei protocolli**

L'evoluzione normativo-giurisprudenziale messa in luce nei precedenti paragrafi testimonia la crescente pressione esercitata dall'ordinamento rispetto all'attendibilità e all'affidabilità delle norme contenute nelle fonti di codificazione del sapere scientifico<sup>341</sup>. L'individuazione di criteri sempre più stringenti necessari per far assurgere la fonte autonormata a termometro che misura retrospettivamente la condotta dell'esercente la professione sanitaria ha gradualmente ristretto il perimetro dei paradigmi autonormati che godono di un sicuro riconoscimento da parte dell'ordinamento statale.

In principio, le migliori pratiche medico-chirurgiche venivano prese in considerazione nelle aule giudiziarie esclusivamente in ragione della loro legittimazione tecnocratica, derivante dal sostegno delle evidenze scientifiche che ne dimostra l'efficacia; tuttavia, la maggiore o minore fortuna delle singole fonti restava esposta in larga misura al *background* culturale degli esperti chiamati a supportare il giudice nella decrittazione del caso concreto.

---

<sup>341</sup> Per una ricapitolazione delle fonti esistenti nella comunità scientifica, a livello globale e a livello locale, e una disamina dei risultati offerti sotto il profilo cautelare e sotto quello della compliance cfr. A. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit., p. 57 ss.

Con l'avvento della riforma Balduzzi si verifica la prima restrizione, tesa a valorizzare esclusivamente le linee guida e le buone pratiche che, oltre ad essere supportate dalle evidenze scientifiche, vantassero credito presso la comunità scientifica di appartenenza. Restavano però aperte le questioni relative all'affidabilità dell'ente normatore e alla possibile contaminazione con interessi collaterali (e altri rispetto alla tutela clinica-terapeutica del paziente) delle fonti private.

L'ultima riforma dedicata alla disciplina della responsabilità medica pare aver conferito maggiore certezza al *modus operandi* che deve essere adottato per l'elaborazione delle linee guida. Ai requisiti relativi all'integrità dell'ente normatore e alla sua estraneità da fini di lucro o comunque diversi dall'interesse clinico-terapeutico funzionale alla migliore tutela del diritto alla salute, si sommano le garanzie tecnocratiche derivanti dall'esistenza di un sistema di controllo da parte di un Comitato Scientifico per la verifica e il controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica da espletarsi in accordo con gli indici adottati dalla comunità scientifica internazionale. Inoltre, la previsione dell'obbligo di pubblicazione dell'attività scientifica tramite sito web costantemente aggiornato istituisce un sistema trasparente che si sottopone alle verifiche di tenuta provenienti dall'esterno.

Con riferimento ai contenuti normativi, le fonti codificate del sapere scientifico paiono suscettibili di essere declinate secondo schemi multiformi di difficile inquadramento in un'unica categoria. Va tenuto in debita considerazione il fatto che questo tipo di fonti, a differenza di quelle appartenenti agli altri due sistemi analizzati nel presente capitolo, non nascono da una vocazione squisitamente preventiva del reato, bensì da quell'esigenza di riordino e razionalizzazione della letteratura scientifica funzionale alla massimizzazione dei risultati clinico-terapeutici conseguibili nella prassi

medica. L'effetto di salvaguardia che ridonda a favore della prevenzione dei comportamenti colposi penalmente sanzionati costituisce, dunque, un avvenimento quasi accidentale. D'altronde è proprio l'ispirazione tecnocratica che, laddove effettivamente presente quale *ratio* ispiratrice della fonte, ne denota l'autentica imparzialità e genuinità rispetto ai comportamenti che intende orientare.

In secondo luogo occorre tenere presente, che la categoria delle linee guida *stricto sensu* intesa, rimanda a norme che – lungi dall'esaurire la moltitudine e la varietà di cautele cui il sanitario deve attenersi – suggeriscono modalità di azione e percorsi terapeutici seguendo un approccio propositivo orientativo, mentre è estremamente raro che si traducano in comandi cautelari imperativi e inderogabili. E ciò succede sia in ragione del fatto che le risultanze medico-scientifiche vengono costantemente rimesse in discussione (proprio al fine di migliorarne l'efficacia applicativa), sia in ragione del fatto che le innumerevoli specificità dei casi clinici sfuggono a processi di astrazione e tipizzazione, ma soprattutto in ragione del fatto che l'esercizio della pratica medica resta in ultima istanza governato dal principio dell'autonomia del medico e della tutela del singolo malato che presenta un'inesauribile dose di concreta peculiarità.

Chiarite queste preliminari considerazioni, in dottrina e in giurisprudenza è tuttora ampiamente discussa la collocazione sistematica delle linee guida medico-chirurgiche. Parte della dottrina ha ritenuto di poter ricondurre queste fonti nelle *discipline* richiamate dall'art. 43 c.p., con la conseguenza che il regime della colpa medica presidiato dalle linee guida



sarebbe inquadrabile nel paradigma della colpa specifica<sup>342</sup>. Tale posizione matura nel solco della opinione (maggioritaria in dottrina)<sup>343</sup> secondo la quale le *discipline* evocate dall'art. 43 c.p. includono anche le fonti adottate da Autorità pubbliche, senza che questo costituisca un *vulnus* per il principio di legalità in materia penale<sup>344</sup>.

Altra parte della dottrina ha sostenuto, invece, che si tratti di regole integrative dei parametri della colpa generica<sup>345</sup> e la stessa tesi sembra prevalere nella giurisprudenza che ha a più riprese precisato come «le linee guida e i

---

<sup>342</sup> In questo senso cfr. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte Speciale*, tomo II, I delitti colposi, Padova, 2003, p. 178; G. IADECOLA, *Il valore "dell'opinione" dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, II; V. PIRAS – P. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 289; D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 247 ss.; D. PULITANÒ, *Introduzione*, in G. Dodaro (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica a confronto*, Milano, 2011, p. 28; A.M. BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. pen.*, 2006, pp. 448; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, cit., pp. 299 ss.; E. LANZA, *La responsabilità penale del medico negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in Aleo-De Matteis-Vecchio (a cura di), *Le responsabilità in ambito sanitario*, II, Padova, 2014, p. 787.

<sup>343</sup> Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*; F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, p. 331; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2009, 294; ALTAVILLA, *La colpa*, Torino, 1957, p. 334; ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Milano, 1947, p. 90.

<sup>344</sup> Posizione che pare invece intravedersi in MARINI, voce *Colpa* (dir. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 6; nello stesso senso, v. M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 637. Intermedia la posizione di F. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 289, secondo il quale le discipline provenienti da soggetti privati possono validamente integrare l'art. 43 c.p. a condizione che siano autorizzate da un soggetto pubblico.

<sup>345</sup> Cfr. A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, passim; A. PROVERA, *"Residuo di colpa" nell'ipotesi di condotta del medico tenuta in ossequio alle linee guida. Il "paradosso" della culpa in actione perita*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, pp. 1430 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del cd. Decreto Balduzzi*, cit., pp. 8 ss.,.

protocolli, proprio in ragione della peculiarità dell'attività del medico, che sfugge a regole rigorose e predeterminate, non possono assumere il rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma normativo dell'art. 43 c.p. (leggi, regolamenti, ordini o discipline)»<sup>346</sup>. Un diverso orientamento ha qualificato le linee guida come “fonti di cognizione” di regole cautelari in campo

---

<sup>346</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19-9-2012, n. 35922, imp. Ingrassia; prim'ancora, in questi termini si era espressa la sentenza *Cantore*: « Diverse sono le ragioni per le quali le direttive di cui si discute non sono in grado di offrire standard legali precostituiti; non divengono, cioè, regole cautelari secondo il classico modello della colpa specifica: da un lato la varietà ed il diverso grado di qualificazione delle linee guida; dall'altro, soprattutto, la loro natura di strumenti di indirizzo ed orientamento, privi della prescrittività propria di una regola cautelare, per quanto elastica. Tali aspetti richiedono un chiarimento. La generica definizione sopra proposta delle linee guida non rende conto del multiforme, eterogeneo universo che dà corpo alla categoria: diverse fonti, diverso grado di affidabilità, diverse finalità specifiche, metodologie variegate, vario grado di tempestivo adeguamento al divenire del sapere scientifico. Alcuni documenti provengono da società scientifiche, altri da gruppi di esperti, altri ancora da organismi ed istituzioni pubblici, da organizzazioni sanitarie di vario genere. La diversità dei soggetti e delle metodiche influenza anche l'impostazione delle direttive: alcune hanno un approccio più speculativo, altre sono maggiormente orientate a ricercare un punto di equilibrio tra efficienza e sostenibilità; altre ancora sono espressione di diverse scuole di pensiero che si confrontano e propongono strategie diagnostiche e terapeutiche differenti. Tali diversità rendono subito chiaro che, come si è accennato, per il terapeuta come per il giudice, le linee guida non costituiscono uno strumento di precostituita, ontologica affidabilità. Si ripresenta nell'ambito della scienza applicata lo stesso rilevante problema che attiene all'utilizzazione della conoscenza generalizzante di cui si è già fatto cenno a proposito del metodo dell'indagine scientifica nel processo penale. Dunque, anche nell'ambito delle linee guida non è per nulla privo di interesse valutare le caratteristiche del soggetto o della comunità che le ha prodotte, la sua veste istituzionale, il grado di indipendenza da interessi economici condizionanti. Rilevano altresì il metodo dal quale la guida è scaturita, nonché l'ampiezza e la qualità del consenso che si è formato attorno alla direttiva. A tale riguardo è sufficiente rammentare sinteticamente che si è con ragione diffuso un orientamento che rapporta la qualità scientifica delle indagini e delle "istruzioni" che se ne traggono alle prove oggettive che le corroborano.»

medico<sup>347</sup>, mentre altri relegano l'importanza delle linee guida nel mero ambito del dovere di aggiornamento del medico<sup>348</sup>.

In effetti, sebbene non sia impossibile rinvenire all'interno dei documenti in parola raccomandazioni formulate in maniera prescrittiva e tassativa, tali da poter essere formulate in maniera sufficientemente dettagliata da poter essere ritenute vere e proprie regole cautelari, va considerato che non mancano numerose ipotesi in cui le linee guida si limitano a proporre soluzioni che hanno funzione meramente orientativa. Si dovrebbe così discernere, all'interno della fonte, le regole effettivamente espressive di regole cautelari da quelle che forniscono un mero supporto orientativo.

#### **4.3. L'analisi delle linee guida attraverso la categoria dell'autonormazione**

È giunto infine il momento di collocare l'autonormazione in ambito clinico terapeutico nelle categorie strutturali e interordinamentali estratte nei capitoli precedenti.

L'autonormazione di matrice sanitaria ha origini che sicuramente rivelano i tratti dell'autonormazione spontanea la cui ispirazione appare intrinsecamente distante da ragioni di prevenzione del reato o da strategie difensivistiche preordinate. Come più volte ribadito, la vocazione di queste

---

<sup>347</sup> D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario, in A. Belvedere, S. Riondato (a cura di), *La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 974; A. VALLINI, *L'art. 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 746.

<sup>348</sup> D. TASSINARI, *Rischio penale e responsabilità professionale in medicina*, in S. Canestrari-M.P. Fantini (a cura di), *La gestione del rischio in medicina. Profili di responsabilità dell'attività medico-chirurgica*, Milano, 2006, pp. 33 ss.

norme è di stampo eminentemente tecnocratico e le esigenze da cui traggono origine è quello di governare la moltitudine di fonti private che proliferano nel panorama medico-scientifico.

Tuttavia, l'assetto giuridico penalistico della responsabilità medica come risultante all'esito delle più recenti riforme (e, in generale, nell'arco delle ultime decadi), restituisce l'immagine di una disciplina che ricalca i tratti dell'autonormazione facoltativa sottoposta a controllo esterno. I circoli scientifici non sono infatti obbligati a redigere o a far circolare le proprie linee guida, e ancor meno sono tenuti all'iscrizione all'elenco delle società abilitate ad adottare linee guida e buone pratiche dal Ministero. Tuttavia, qualora queste vengano emanate, producono gli effetti che la legge gli riconosce.

Il controllo *ab externo* circa la preventiva verifica di validità della norma si verifica, in primo luogo, in ragione dei presupposti che sono determinati dalla legge al fine di poter essere prese in condizione dall'ordinamento giuridico statale; in secondo luogo, attraverso la verifica centralizzata esercitata dal Ministero funzionale all'accreditamento di questa fonte e alla pubblicazione e diffusione mediante il sito internet dello stesso. La fruizione delle linee guida e il vaglio circa la loro adeguatezza al caso di specie trovano invece esplicazione nel processo attraverso la valutazione del giudice.

Pur essendo integralmente autodeterminate, quindi, le fonti del diritto riflessivo dei medici rilevanti per il diritto penale (proprio per poter vantare tale rilevanza) risentono di stringenti condizionamenti da parte dell'ordinamento statale.

Gli snodi di raccordo tra fonti autonormate e sistema penale statale, rivela una trasformazione che ricalca perfettamente le tappe evolutive che scandiscono il percorso evolutivo delle relazioni ipotizzate dal capitolo 3.

Il primordiale *status* è rappresentato dalla tendenziale reciproca irrilevanza, in cui i due ordinamenti risultano sostanzialmente privi di rilievo l'uno per l'altro (ordinamenti paralleli).

Successivamente, si passa ad una fase di osmosi giudiziaria tra i due ordinamenti in cui le linee guida vengono trasfuse nel processo tramite il *medium* del sapere degli esperti di parte o delle allegazioni documentali (autonormazione con funzione ausiliaria e di supporto al sistema penale).

L'ultima fase evolutiva si protende verso l'approdo su paradigmi che – gradualmente – istituzionalizzano il paradigma autonormativo integrandolo nel sistema penale: così, in progressione crescente, è successo sia con la riforma Balduzzi, sia – soprattutto – con la ultima riforma intervenuta, che ha addirittura previsto l'introduzione di un articolo *ad hoc* per la responsabilità sanitaria e ha ricondotto al rispetto delle linee guida l'esclusione della responsabilità penale di chi, ragionevolmente vi si attenga. In questa fase i due ordinamenti si integrano vicendevolmente.



# Capitolo 5

## AUTONORMAZIONE E SISTEMATICA PENALE

SOMMARIO: 1. La circolazione e l'impatto del paradigma nel sistema penale - 1.1. L'itinerario dell'analisi: dalla sistematica del reato alla politica-criminale 2. Autonormazione e reati d'obbligo - 2.1. La categoria dei reati d'obbligo nella dottrina tedesca e italiana: cenni - 2.2. Breve *excursus* sui nuclei di disvalore rilevanti per i reati d'obbligo - 2.3 Eterointegrazione delle fattispecie d'obbligo mediante il rinvio a fonti autonormate 3. Autonormazione e fatto tipico colposo: i sistemi autonormativi come (meta) regole cautelari - 3.1. Il tipo colposo come fattispecie a struttura fisiologicamente aperta - 3.2. Le cautele autonormate nella distinzione liquida tra colpa generica e colpa specifica - 3.3. Chiosa *de iure condendo*: spunti per un miglioramento dell'eterointegrazione del tipo colposo mediante il ricorso a cautele specifiche autonormate - 4. Autonormazione come fonte di scriminanti procedurali? - 4.1. La categoria delle scriminanti procedurali nella loro ambientazione originaria - 4.2. Le possibili applicazioni nel contesto del diritto penale economico: elementi di diritto riflessivo come strumenti di co-regolamentazione dello spazio lecito - 4.2.1. L'esimente di cui all'art. 217 bis l. fall. - 4.2.2. Le esimenti di cui agli artt. 183 lett. b) e 187-ter c. 4 T.U.F - 4.3 Le affinità tra il paradigma autonormativo e le scriminanti procedurali - 5. L'adempimento dell'obbligo autonormativo come causa di estinzione della punibilità - 5.1. Uno sguardo all'esperienza nordamericana dei *Pre-Trial Diversion Agreements* - 5.2. Autonormazione e negoziazioni della punibilità nel sistema italiano di responsabilità dell'ente dipendente da reato - 6. Autonormazione in luogo di o a supporto della criminalizzazione.

### 1. La circolazione e l'impatto del paradigma nel sistema penale

Prima di addentrarsi nel tema di questo capitolo, conviene rievocare le tappe fondamentali del percorso si qui battuto, al fine di segnare i punti cardinali che hanno orientato questa analisi e che costituiranno il nostro riferimento anche per il prosieguo. In primo luogo, sono state esaminate le origini e le cause del fenomeno autonormativo ed è stata tratteggiata la sua struttura, tanto nella dimensione statica quanto in quella dinamica;

successivamente, sono stati passati in rassegna i possibili snodi di raccordo tra le fonti autonormate e quelle statali, e proprio questo scrutinio ha permesso di intessere – sulla base del momento e della modalità di connessione – una trama di funzioni politico-criminali assegnate (o assegnabili) all'autonormazione; in ultimo, le categorie ricavate sono state collaudate su tre banchi di prova tratti dai recenti sviluppi del diritto penale moderno. A questo punto, è giunto il momento di saggiare quali collocazioni sistematiche possano ritagliarsi per l'autonormazione nella sistematica penale.

Come emerso perspicuamente dagli elementi sin qui analizzati, il paradigma autonormativo rappresenta uno strumento duttile che si presta ad essere declinato in una moltitudine di schemi applicativi. Pertanto, non desterà stupore che le possibili incastonature del diritto riflessivo nelle strutture della dogmatica del reato siano tante e tali da creare una serie di caleidoscopici riflessi sul sistema penale che è arduo ricondurre a unitarietà.

#### **1.1. L'itinerario dell'analisi: dalla sistematica del reato alla politica-criminale**

In questo capitolo conclusivo, si intende analizzare il precipitato che l'autonormazione è in grado di produrre sul sistema penale italiano, tanto sul suo versante squisitamente dogmatico, quanto su quello degli spunti di politica-criminale che possono cogliersi dall'impiego del paradigma.

Sul piano della dogmatica, si passeranno in rassegna le diverse opzioni applicative dell'autonormazione in materia penale già rintracciabili *de lege lata* nell'ordinamento, e si evidenzieranno, contestualmente, gli ambiti applicativi che sono eleggibili a buoni candidati per l'uso del paradigma *de iure condendo*. Nel solco di questa direttrice di indagine, si tratteranno per prime, le ipotesi in



cui l'autonormazione assume un ruolo fondante rispetto alla responsabilità penale, integrando la fattispecie incriminatrice – reati d'obbligo (cfr. *infra* § 2) e reati colposi (cfr. *infra* § 3) – e, in secondo luogo, le ricadute che l'autonormazione può rivestire nell'esclusione (totale o parziale) della responsabilità penale (scriminanti procedurali, cfr. *infra* §4 e cause di non punibilità cfr. *infra* § 5).

Resta inteso, naturalmente, che il riconoscimento di spazi di operatività per l'autocontrollo penale pertiene alle scelte di politica-criminale (o di politica-sociale) del legislatore e che la concreta percorribilità di quelle opzioni resta ampiamente dipendente dagli orientamenti ivi espressi.

In ultimo, si prenderà in considerazione il paradigma autonormativo in una prospettiva di sistema più ampia, che rimanda alla sua possibile applicazione come alternativa al diritto penale (cfr. *infra* § 6). In questo senso, la riflessione si sposta sul piano politico-criminale e – in particolare – nell'alveo delle possibili concretizzazioni funzionali del principio di sussidiarietà della sanzione penale. Sarà, dunque, indispensabile abbandonare la prospettiva interna al sistema penale e rivolgere uno sguardo panoramico all'ordinamento giuridico nel suo complesso.

## 2. Autonormazione e reati d'obbligo

### 2.1. La categoria dei reati d'obbligo nella dottrina tedesca e italiana: cenni

La categoria dei reati d'obbligo, la cui ideazione è maturata nella dottrina tedesca grazie alle riflessioni di Roxin<sup>349</sup>, costituisce uno dei possibili campi applicativi per l'autonormazione. Si tratta di una categoria che, sotto il profilo della *tecnica di formulazione della fattispecie*, si rifa a un idealtipo in cui la responsabilità penale consegue alla violazione di un dovere che l'ordinamento (inteso in senso lato) impone a soggetti qualificati<sup>350</sup>. Il che ha portato a ritenere che il reato d'obbligo si debba configurare come *reato proprio*, in quanto la titolarità del dovere di fedeltà circoscrive necessariamente la cerchia dei potenziali autori limitandola solo ad alcuni soggetti qualificati<sup>351</sup>.

Va subito precisato che l'obbligo incombente sul soggetto non coincide con quello penalistico, rivolto a tutti i cittadini, teso al rispetto del precetto penale, ma va piuttosto reperito all'esterno del sistema penale<sup>352</sup>. Di norma, tale dovere è logicamente anteposto all'incriminazione<sup>353</sup> e, a ben guardare, grava

---

<sup>349</sup> C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, 2000, p. 385 ss.

<sup>350</sup> Nella dottrina italiana, il tema è stato affrontato soprattutto da C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 48 ss.

<sup>351</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 51; F. CONSULICH, *Art. 2634 c.c.* (commento), in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, Bologna, 2018, p. 479.

<sup>352</sup> C. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 385.

<sup>353</sup> Cfr. F. CONSULICH, *Art. 2634 c.c.*, cit., p. 479.

sull'agente per motivi che non risultano strettamente collegati a esigenze di politica criminale. Così, i doveri di fedeltà cui rinviano le fattispecie d'obbligo sono tendenzialmente formulati in chiave promozionale, dal momento che si focalizzano sulle istruzioni per il corretto svolgimento di un'attività qualificata ed esplicitano il corredo assiologico (o quantomeno teleologico) che deve orientare il comportamento dell'agente qualificato, aspetto particolarmente rilevante per i casi in cui non sia rintracciabile una regola comportamentale per lo specifico caso di specie<sup>354</sup>.

Tale dovere scaturisce dal ruolo sociale che il soggetto ricopre e rappresenta la pretesa normativa che l'ordinamento vi riconduce per ritenere soddisfatta l'aspettativa che la comunità ripone nei confronti dell'attività svolta dall'agente qualificato. Per altro verso, la necessità di ancorare l'incriminazione a quel dovere deriva dal fatto che, oltre a conferirgli una peculiare qualifica e a prescrivere un particolare comportamento, il ruolo assunto dall'autore lo pone in una particolare posizione rispetto al bene giuridico tutelato<sup>355</sup>.

Dal punto di vista strutturale, una delle principali caratteristiche del reato d'obbligo consiste nel fatto che sono indifferenti le modalità esteriori della condotta, essendo sufficiente che si concretizzi una lesione del bene giuridico cagionata dall'infedeltà del soggetto all'obbligo *aliunde* imposto<sup>356</sup>. Nel nostro

---

<sup>354</sup> Molto più rari saranno gli obblighi formulati sotto la specie di comandi e divieti puri, comuni – invece – nell'individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento che fonda la responsabilità penale nella categoria dei reati omissivi impropri.

<sup>355</sup> Per una disamina più approfondita della categoria e dei risvolti apprezzabili sul piano del concorso di persone nel reato Cfr. D. TARANTINO, *Il reato d'obbligo*, 4 maggio 2016, Milano, Tesi di dottorato in diritto penale, p. 36 ss.

<sup>356</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, cit., p. 51: «L'incriminazione ruota attorno a un obbligo giuridico

ordinamento, poi, va precisato che nelle incriminazioni d'obbligo è sempre previsto un evento (di lesione o di pericolo) che deve conseguire causalmente alla violazione dell'obbligo imposto<sup>357</sup>. Più in generale, si può affermare che la condotta illecita che fonda la responsabilità, pur essendo suscettibile di trovare concretizzazioni variegata, resta costretta negli argini del principio di offensività, da una parte, e dell'infedeltà al dovere dall'altra.

Il reato d'obbligo costituisce dunque una fattispecie aperta, i cui spazi vuoti si colorano attraverso il rinvio alle fonti *extra-penali* che fondano il dovere di fedeltà del soggetto qualificato. Come è stato autorevolmente rilevato da Roxin, le obiezioni che additano il reato d'obbligo come una fattispecie strutturalmente in contrasto con il principio di determinatezza non colgono nel segno: quella tensione si configurerebbe, viceversa, come meramente potenziale e risulta legata all'eventuale indeterminatezza delle fonti che impongono l'obbligo<sup>358</sup>. Ed è proprio su questo piano, quello dell'individuazione delle fonti del dovere che il soggetto è tenuto a rispettare, che può venire rilievo il paradigma dell'autonormazione<sup>359</sup> (cfr. *infra* §2.3).

---

di fedeltà gravante sul soggetto attivo del reato, che è sempre un soggetto qualificato dalla funzione».

<sup>357</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 52: "Elemento costitutivo del fatto sarà quindi pure, secondo le regole generali, il nesso di causalità, fra la condotta di violazione del dovere di fedeltà e l'evento tipico considerato dalla fattispecie".

<sup>358</sup> In proposito, cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, (a cura di S. Moccia) ESI, Napoli, 1998, p. 53..

<sup>359</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 67-68: «Benché il fulcro della punibilità sia da ricercare nella relazione di fedeltà che lega il soggetto all'ordinamento cui s'è volontariamente affiliato, anche nei reati d'obbligo è rintracciabile una condotta, che – si è detto – è "indifferenziata", ma purtuttavia tipica. La condotta, espressiva della violazione del citato legame di fedeltà, non è tipizzata direttamente dalla norma incriminatrice, ma si ricava *aliunde*: dal codice deontologico gravante sul soggetto agente. Nei reati d'obbligo, pertanto, la modalità legislativa di tipizzazione della condotta si differenzia rispetto al modello dei reati d'azione a forma vincolata pur raggiungendo il medesimo risultato in termini di specificazione del disvalore della condotta».

## 2.2. Breve *excursus* sui nuclei di disvalore rilevanti per i reati d'obbligo

Nell'ambito del dibattito dottrinale che ha riguardato la categoria dei reati d'obbligo, è rimasta nell'ombra la riflessione concernente l'atteggiamento del disvalore d'intenzione nell'equilibrio di queste fattispecie.

Di primo acchito, verrebbe da pensare che, a fronte di una categoria in cui la condotta è scandita da una tipicità 'diluata' e indifferenziata, per sostenere il disvalore della sanzione criminale che l'ordinamento intende comminare per la violazione dell'obbligo, sia necessaria la presenza del disvalore di intenzione, quantomeno nella sua dimensione minima.

Una conferma in tal senso può trarsi dalla pregnanza, in termini di disvalore di intenzione, del concetto di *infedeltà* attorno a cui ruotano le fattispecie d'obbligo, che trova una conferma semantica nelle locuzioni impiegate nelle formulazioni e nelle rubriche delle incriminazioni d'obbligo.

Dal punto di vista sostanziale, poi, la presenza di un ordinamento deontologico preesistente all'incriminazione depone a favore della tesi per cui le fattispecie d'obbligo (quantomeno) a livello idealtipico siano connotate in senso doloso. In tal senso, va considerato che le regole prescritte dall'ordinamento particolare fanno parte, in concreto, del patrimonio deontologico del soggetto qualificato. Infatti, sovente il conferimento della qualifica che consente l'esercizio della funzione è addirittura subordinato alla verifica della conoscenza dell'ordinamento "particolare" e all'assunzione di un impegno solenne che consacri ritualisticamente l'adesione del soggetto a quel *corpus* normativo. Il che dimostra come, almeno per il versante rappresentativo, il tradimento dell'obbligo in cui si estrinseca la violazione riveli una piena consapevolezza dell'anti-doverosità della condotta, che rende certamente più frequente la formulazione delle fattispecie d'obbligo in veste dolosa.

Tuttavia, nella sistemazione di Roxin, il settore dei reati colposi parrebbe prestarsi perfettamente ad ospitare la categoria dei reati d'obbligo<sup>360</sup>.

“D’altro canto, nella dommatica della colpa la concezione sistematica qui delineata insegna che in questo settore non ci troviamo davanti a reati d’azione, bensì a reati d’obbligo<sup>361</sup>. Per questi motivi una strutturazione della fattispecie che rispetti il principio di determinatezza può essere ottenuta solo tipizzando e sistematizzando gli obblighi correnti, necessari a completare la norma che – come spesso accade nei reati d’obbligo – è formulata in bianco.”<sup>362</sup>.

In questo passaggio, Roxin sembra evocare l’esigenza di ricorrere all’espedito sistematico dei reati d’obbligo per rimediare al *deficit* di determinatezza del tipo colposo, che aveva condotto alla creazione di un ambito di responsabilità troppo ampio: la somministrazione di tipicità proveniente dall’ordinamento extra-penale sarebbe valsa, quindi, ad arginare questo profluvio. Nel solco di questa considerazione, parrebbe conclamarsi una (almeno parziale) sovrapposizione tra la normatività della colpa e l’eterointegrazione della condotta nei reati d’obbligo, il che può destare una qualche perplessità.

Anche se non sembra possibile escludere, in linea di principio, che si possano configurare reati d’obbligo colposi; tuttavia, questi ultimi sembrano essere decisamente più rari rispetto a quelli dolosi. Nella consapevolezza che una valutazione di questi profili richiederebbe un più approfondito studio, e dal

---

<sup>360</sup> Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 58.

<sup>361</sup> *Ibidem*, nota n. 51: “Qui il problema consiste nel fatto che in alcuni reati colposi sembra mancare una violazione del dovere pre-tipica, presente, invece, come abbiamo dimostrato, nei *Pflichtdelikten*. Tuttavia ciò non ha la sua origine in una struttura diversificata della colpa, ma nell’insufficienza della sua elaborazione dommatica. Se in questo settore vogliamo progredire, sarà necessario formulare, indipendentemente dalle conseguenze giuridiche della causazione di un evento, soprattutto degli obblighi speciali di condotta, senza la cui violazione si esclude l’imputazione dell’evento. L’evoluzione del diritto penale della circolazione stradale lo dimostra chiaramente. Un’esposizione più dettagliata di questa concezione, qui soltanto accennata, dev’essere rimandata ad un’altra occasione.”

<sup>362</sup> *Ibidem*, p. 58.

momento che la loro analisi esula dalle finalità di questo lavoro, non conviene addentrarsi in ulteriori considerazioni sul punto.

La componente che connota più marcatamente e in maniera caratterizzante i reati d'obbligo coincide, piuttosto, con il disvalore di personalità che si manifesta perspicuamente nel momento in cui il soggetto qualificato infrange la relazione privilegiata che lo vincola all'istituzione. La violazione del dovere di fedeltà pervade il disvalore del reato e lo accresce proprio in ragione del fatto che l'infrazione proviene da *quel* soggetto qualificato che, nell'appropriare della posizione privilegiata riconosciutagli in ragione della funzione, sovverte la relazione che lo lega al bene giuridico prevaricandolo invece di proteggerlo<sup>363</sup>.

### **2.3. Eterointegrazione delle fattispecie d'obbligo mediante il rinvio a fonti autonormate**

Tornando alla questione che qui maggiormente rileva, occorre indagare più approfonditamente gli aspetti inter-ordinamentali dischiusi dalla categoria dei reati d'obbligo. Nella ricostruzione più consona all'ordinamento italiano, è stato autorevolmente sostenuto che il reato d'obbligo si differenzia dal reato di azione per il contenuto dell'incriminazione perché:

“Nel reato d'obbligo si punisce la violazione del dovere di fedeltà ‘particolare’ (per dirla con Santi Romano) cui il soggetto qualificato risulta legato. La condotta tipica è quindi selezionata in chiave *funzionale* e non descrittiva: la norma non pone alcuna limitazione a condotte *commissive* o *omissive*, che integrano *indifferentemente* il reato senza bisogno di ricorrere all'integrazione della

---

<sup>363</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 66.

fattispecie attraverso norme incriminatrici in senso lato (*in primis*, l'art. 40 c. 2 c.p.)”<sup>364</sup>.

La tipicità del reato d'obbligo risulta quindi legata a doppio filo agli ordinamenti “particolari” cui il soggetto afferisce, che disciplinano i doveri che devono essere assolti nello svolgimento di quella funzione. Tuttavia, affinché l'incriminazione possa dirsi effettivamente rispondente alla struttura del reato d'obbligo, è necessario che la pretesa deontologica dettata dall'ordinamento particolare sia genuinamente ricalcata su di un dovere di fedeltà, e non invece su di un obbligo di natura esclusivamente comportamentale. In quel caso, infatti, il sub-sistema extra-penalistico servirebbe – piuttosto, come accade sovente nel tipo colposo – a dettagliare ancora più specificamente la descrizione della condotta, e confermerebbe, dunque, la classificazione di quell'incriminazione nel novero dei *reati di comportamento o di azione*.

A tal proposito, vale la pena soffermare l'attenzione ulteriormente sulla peculiare relazione che lega il bene giuridico al soggetto qualificato. Scorrendo le fattispecie comunemente ricondotte alla categoria – infedeltà patrimoniale, infedele patrocinio, delitti contro la pubblica amministrazione – risulta evidente che il dovere di fedeltà è generalmente legato al bene giuridico secondo una logica di protezione<sup>365</sup>. In particolare, pare cogliersi una disparità tra la posizione del soggetto qualificato e quella del bene giuridico, ove il secondo risulta in una situazione di vulnerabilità (o di minorata difesa) rispetto al primo, che – invece – proprio in ragione della sua qualifica si trova in una posizione in cui è più semplice prevaricare il bene giuridico. A presidio di queste possibili

---

<sup>364</sup> C. E. PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, cit., p. 51-52.

<sup>365</sup> A. PAGLIARO - M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, p. 175; C. BENUSSI, *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009, p. 117; come citati da D. TARANTINO, Op. Cit., p. 63.



derive, l'ordinamento erige il baluardo del dovere di fedeltà; alla luce di ciò si spiega anche la scelta politico-criminale a favore di una fattispecie aperta che fagocita voracemente e indistintamente qualsiasi condotta che realizzi l'evento con l'unico vincolo della violazione dell'obbligo<sup>366</sup>.

Le fonti autonormate che meglio si attagliano a questo scopo paiono dunque essere quelle che disciplinano un dovere di tutela assegnato dall'ordinamento a un determinato soggetto e sono tipicamente rinvenibili sul terreno dei codici deontologici professionali, dei codici di comportamento e dei codici etici.

Non a caso, proprio l'infedele patrocinio che viene considerato la fattispecie idealtipica di reato d'obbligo nel nostro sistema, esibisce una tipicità che si nutre anche (e soprattutto) delle prescrizioni sancite dal codice di deontologia forense:

“Il patrocinatore o il consulente tecnico, che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata dinanzi all'Autorità giudiziaria o alla Corte penale internazionale, è punito con la reclusione da uno a tre anni e con la multa non inferiore a cinquecentosedici euro”

È evidente che in questo caso, le figure del patrocinatore (e del consulente tecnico) coincidono con i soggetti da cui dipendono, almeno in qualche misura, gli interessi della parte ai quali può essere arrecato nocumento. Per evitare che gli interessi del patrocinato restino in balia della più o meno spiccata acribia del

---

<sup>366</sup> La presenza dell'evento è elemento essenziale del reato d'obbligo nella prospettazione offerta dalla versione italiana della categoria, ma non anche in quella tedesca. Questa specificazione, propugnata da Paliero, varrebbe a preservare dalle derive soggettivistiche che si possono annidare nelle pieghe della categoria; segnatamente, il rischio che il soggetto sia punito per una mera infedeltà rispetto all'obbligo, non produttiva di alcuna offesa per il bene giuridico tutelato. Sul punto cfr. D. TARANTINO, *Il reato d'obbligo*, cit. p. 87.

patrocinatore, l'ordinamento ha introdotto contrappesi che incidono sull'esercizio della professione a cui viene riconosciuta la qualifica 'privilegiata'.

Per altro verso, il rimando alla generica violazione di "norme di legge o di regolamento" contenuto nella fattispecie di cui all'art. 323 c.p. che tipizza l'abuso di ufficio<sup>367</sup>, potrebbe oggi vedersi integrato con le fonti autonormate poste dagli enti pubblici nell'ambito dei piani di prevenzione della corruzione.

Un altro terreno fecondo per l'eterointegrazione di un illecito d'obbligo da parte di fonti autonormate è stato rinvenuto nella disciplina della responsabilità dell'ente dipendente da reato<sup>368</sup>. In particolare, sarebbe riferibile alla categoria dei reati d'obbligo il meccanismo imputativo secondo il quale l'ente «è responsabile se la commissione del reato è stata resa possibile dall'*inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza*». In particolare, la rispondenza dell'illecito dell'ente ai canoni del reato d'obbligo sarebbe dimostrata dal fatto che:

“(i) l'elemento tipizzante funzionale/fiduciario che ne contrassegna la natura di illecito proprio è rappresentato dal nesso oggettivo di imputazione (rapporto funzionale + interesse/vantaggio); (ii) l'evento dannoso, è materializzato dal reato-presupposto; (iii) la condotta tipica, normativo-deontologica caratteristica del *Pflichtdelikt*, è impersonata dall'architettura di regole preventivo-cautelari condensate dal MOG e, segnatamente, dalle sue procedure implementative.”<sup>369</sup>

D'altra parte, gli approdi concettuali raggiunti nel primo capitolo (e posti alla base della successiva trattazione) all'esito della rassegna sulle teorie

---

<sup>367</sup> Per la ricostruzione dell'abuso d'ufficio come reato d'obbligo cfr. D. TARANTINO, *Il reato d'obbligo*, cit. p. 99.

<sup>368</sup> C. E. PALIERO, “*Universitas Delinquere Scit*”. Paradigmi ascrittivi della responsabilità “penale” degli enti nell'ordinamento italiano, in *Dogmatica penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, a cura di Àvalos Rodríguez – Constante Carlos, Lima, 2008, p. 567 ss.

<sup>369</sup> C. E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, p. 207.

sociologiche – che mettono in luce le potenzialità insite nell’organizzazione complessa in ragione della sua posizione – e di quelle economiche sottese alla nascita della teoria della *Business Social Responsibility* e della *Corporate Citizenship*, parrebbero fornire una conferma esogena a questa teorizzazione.

Sul piano normativo, invece, la conferma si reperisce addirittura nell’addentellato costituzionale offerto dall’art. 41 Cost., laddove vengono fissati i limiti entro i quali può trovare esplicazione la libertà di iniziativa economica: il divieto di “*svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”, che ricomprende sicuramente le condotte criminose; e l’orientamento e il coordinamento dell’attività economica rispetto ai fini sociali, secondo “*i programmi e i controlli opportuni*” determinati dalla legge, di cui la disciplina *ex D. Lgs. 231/2001* può senza dubbio ritenersi una chiara espressione.

### **3. Autonormazione e fatto tipico colposo: i sistemi autonormativi come (meta) regole cautelari**

#### **3.1. Il tipo colposo come fattispecie a struttura fisiologicamente aperta**

Il tipo colposo rappresenta senza dubbio un modello in cui la fattispecie si dischiude fisiologicamente verso l’esterno, nella misura in cui reclama l’integrazione, sul piano della tipizzazione della condotta<sup>370</sup>, da parte di una

---

<sup>370</sup> Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 637; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 165: “E poiché il dovere, la cui violazione dà vita alla colpa, deve possedere la varietà di contenuti e di profili che

regola cautelare tratta da norme esperienziali o da norme scritte. L'eterointegrazione del tipo colposo si dispiega dunque sul piano della sua componente normativa nella parte in cui è necessario individuare il comportamento in contrasto con il dovere imposto dalla regole cautelari<sup>371</sup>. Questa apertura del tipo colposo verso ordinamenti esterni ha condotto alcune autorevoli voci dottrinali a ravvicinare i reati colposi causalmente orientati alla categoria dei *Pflichtdelikte*<sup>372</sup>. Tuttavia, tale identificazione sembra essere frutto dell'eccessiva enfattizzazione di uno – e uno solo – dei profili che caratterizzano i *Pflichtdelikte* (la violazione di un dovere), trascurandone invece altri che pure

---

gli è imposta dall'enorme numero di condotte e di risultati che possono ricondursi, già oggettivamente, sotto le fattispecie legali causalmente orientate, ecco che la sua fonte non può risiedere nella stessa norma incriminatrice [Così M. GALLO, *op. cit.*, p. 637]: la norma incriminatrice dovrà invece servirsi di “organi respiratori”, perciò di uno o più elementi normativi che le permettano, utilizzando le più diverse fonti e i più diversi criteri, di indicare, in ogni caso, la regola di condotta che andava osservata per evitare la realizzazione delle relative fattispecie”; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 136; H. WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961, pp. 14-15.

<sup>371</sup> Cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 138 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 4 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 124; P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003, p. 8; C. PIERGALLINI, *Colpa* (voce), in *Enc. Dir.*, Annali, X, 2017, 222-265, § 4.

<sup>372</sup> Così parrebbe dedursi dalla teorizzazione, in termini molto ampi della categoria, del “primo Roxin”, cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p. 58; ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, I ed. Hamburg, 1963, p. 527 ss; ma, certamente, in questo stesso senso anche G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 169-170: “Tornando al nostro ordinamento, possiamo finalmente convalidare la nozione che abbiamo costantemente sottinteso lungo tutto l’arco della precedente indagine: i reati colposi – qui i reati colposi causalmente orientati – sono *Pflichtdelikte*, sono illeciti caratterizzati dalle violazioni di un dovere. E se questo significa che la peculiarità dei reati colposi è data da un’entità – la colpa per l’appunto – che può intendersi solo su un piano normativo, dal canto loro le qualifiche legislative che definiscono la colpa nel nostro ordinamento, attestano – ormai senza dubbi – che ci troviamo in presenza di un criterio di imputazione che si avvale di elementi normativi puramente oggettivi.”; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell’illecito penale. L’illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, p. 285, nota 130.

devono essere necessariamente presenti secondo la teorizzazione più compiuta e articolata della categoria (il ruolo sociale ricoperto dall'autore che gli conferisce la qualifica, la fonte extrapenale del dovere, la strumentalità del dovere rispetto alla qualifica, la condotta indifferenziata)<sup>373</sup>. Non pare dunque possibile istituire una corrispondenza biunivoca tra reati d'obbligo e reati colposi causalmente orientati; anche se, viceversa, non si può escludere, in linea di principio, che il tipo colposo sia compatibile con la struttura del reato d'obbligo, nonostante l'incidenza statisticamente inferiore rispetto al tipo doloso.

Superata definitivamente la concezione psicologica della colpa, ciò che spicca nell'essenza strutturale del tipo colposo è la sua componente marcatamente normativa. Uno snodo fondamentale per l'individuazione della tipicità colposa – rimasto per lungo tempo oscuro – coincide, dunque, in larga parte con la ricerca del dovere di diligenza la cui violazione risulta determinante ai fini dell'imputabilità per colpa<sup>374</sup>. L'analisi delle regole cautelari ha portato la dottrina all'elaborazione di molteplici tassonomie: *colpa specifica* vs. *colpa generica*, a seconda che la fonte del dovere cautelare sia codificata o meno; *norme cautelari rigide* vs. *norme cautelari elastiche*, a seconda della struttura – variabile o meno – dello schema comportamentale prescritto come doveroso; classificazioni fondate sul contenuto precettivo dell'obbligo (astensione, adozione di cautele, informazione, vigilanza, etc.); regole cautelari *proprie* vs.

---

<sup>373</sup> Segnala questa superfetazione anche M. MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Giappichelli, Torino, pp. 131 ss.

<sup>374</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 279 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I – La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993, p. 35.

*improprie*, a seconda dell'efficacia preventiva certa o incerta garantita dal comportamento prescritto dalla norma<sup>375</sup>.

Ma, a prescindere dalla valenza classificatoria delle distinzioni menzionate, nella caccia alla tipicità colposa, resa ancor più ardua dalla circostanza che le fonti del dovere di diligenza possono essere disseminate in ogni parte dell'ordinamento, ciò che si risulta preliminarmente necessario è l'individuazione di un criterio orientativo che permetta di riconoscere la regola cautelare, come tale, nella sua dimensione strutturale e ontologica<sup>376</sup>. A tal proposito, conviene partire dalla definizione offerta, da ultimo, dalla migliore dottrina che si è occupata del tema<sup>377</sup>:

“La regola cautelare si configura, nel contempo, come un *modello di previsione e di prevenzione*: da un lato, *individua specifiche cornici di rischio*, dalle quali, sulla scorta di *cognizioni esperienziali o nomologiche*, è possibile pronosticare la verificazione di determinati eventi lesivi; dall'altro lato, seleziona le *condotte idonee ad evitare o minimizzare* il rischio di verificazione dell'evento.”

La cifra identificativa della regola cautelare coincide dunque con l'efficacia preventiva rintracciabile nella norma, che, secondo Castronuovo, riveste un'importanza così spiccata da consentire all'interprete di emanciparsi –

---

<sup>375</sup> Cfr. P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit. p. 9-10.

<sup>376</sup> Castronuovo rimarca, nel solco delle acquisizioni concettuali cui Giunta era già pervenuto, che il dovere di diligenza e la regola cautelare, pur essendo correlati e complementari nell'individuazione della pretesa comportamentale, vanno tenuti concettualmente distinti in quanto a ciascuno rintraccia una diversa declinazione del comportamento esatto. D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 287-291; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit. p. 197, 219 ss.

<sup>377</sup> C. PIERGALLINI, *Colpa*, cit., § 5.1; sul punto, perspicuamente, anche D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit. p. 284.

nell'opera ermeneutica di individuazione delle norme cautelari – addirittura dalle vicende relative alla validità della fonte che richiama la regola<sup>378</sup>.

L'autonormazione si presta, dunque, all'integrazione del tipo colposo per la sua fisiologica tendenza a rilasciare cautele forgiate all'interno dei contesti in cui si dispiegano i *rischi consentiti e socialmente utili* valorizzati dall'ordinamento. E, in effetti, sono proprio questi alcuni degli ambiti in cui l'autonormazione ha visto riconosciuto un ruolo integrativo rispetto al sistema penale.

L'immediata obiezione che può sorgere rispetto alla produzione privatistica di norme cautelari auto-regolamentate riguarda evidentemente la torsione cui viene sottoposta la riserva di legge in materia penale<sup>379</sup>. Tuttavia, la cronicizzazione della patologia del principio di legalità penale ha condotto alla relativizzazione della sua portata, preso atto della scarsa capacità regolativa della legge che, nei contesti ad alta connotazione tecnica, manifesta una propensione più incline alla programmazione piuttosto che alla disciplina<sup>380</sup>.

### 3.2. Le cautele autonormate nella distinzione *liquida* tra colpa generica e colpa specifica

Approfondendo il tema della positivizzazione delle regole cautelari, segnatamente, per quanto qui rileva, quelle di matrice privatistica, si pone l'ulteriore problema della loro riferibilità al paradigma della colpa specifica

---

<sup>378</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 286.

<sup>379</sup> Si apprezza perspicuamente in questo frangente come il fenomeno autonormativo costituisca al contempo una causa e un effetto della crisi della legalità e, addirittura, – come si dirà tra un momento – un parziale rimedio al deficit di precisione della norma penale.

<sup>380</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 316; C. PIERGALLINI, *Colpa*, cit., § 5.1.3.

ovvero generica. In questo ambito, come già segnalato nel corso del capitolo 4, si assiste alla diffusione di fonti che rilasciano una moltitudine di regole riferibili talvolta alla colpa specifica e altre alla colpa generica. In proposito, la dottrina che ha approfondito la questione fa riferimento a un «*tertium genus* tra colpa generica e colpa specifica, rappresentato da una “colpa procedurale” o “colpa protocollare”: ossia relativa all’inosservanza della corretta sequenza di condotte previste dai protocolli propri di un dato contesto di attività (settore produttivo, commerciale, professionale), oppure all’inosservanza di regole tecniche (scritte, sebbene) contenute in “documenti” o “piani di sicurezza” di fonte privata»<sup>381</sup>.

Si pensi al diritto penale posto a presidio della salute e dell’integrità fisica del lavoratore, in cui l’apparato di cautele necessarie a minimizzare il rischio è densamente popolato da strumenti autonormativi di diversa provenienza che si stratificano e si intrecciano<sup>382</sup>. In questo settore, è stata acutamente rilevata una tendenza evolutiva che, a seconda delle fasi storiche, ha privilegiato la *colpa specifica* ovvero quella *generica*. In particolare: mentre in un primo periodo (anni ’50) – in cui regnava una maggiore confidenza rispetto alla dominabilità dei rischi – si è assistito alla proliferazione delle regole cautelari positivizzate, espressione di una polarizzazione verso la colpa specifica; successivamente (anni ’90) – e contestualmente alla presa di coscienza che non tutti i rischi sono effettivamente decrittabili e mitigabili – l’elaborazione delle cautele si sposta verso il *focus* della colpa generica, che offre regole decisamente più *elastiche* di

---

<sup>381</sup> D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit. p. 319.

<sup>382</sup> V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell’ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A. M. Stile-A. Fiorella-V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell’ente*, Jovene, Napoli, 2014; V. TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un’analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività di impresa*, BUP, Bologna, 2014.



quelle rilasciate in precedenza<sup>383</sup>. Tuttavia, lo spazio dell'autonormazione in questo frangente sarebbe sincopato per via del *medium* giurisprudenziale che, da sempre, guarda con diffidenza allo “*ideale regolativo privato*” ed è riluttante nel riconoscerli spazi applicativi nel processo, soprattutto quando questi sono valorizzati in senso discolpatorio<sup>384</sup>.

La severità dell'atteggiamento giurisprudenziale sembra però sovradimensionata se si pone mente ai benefici arrecati in termini di riduzione degli infortuni e delle morti sul lavoro grazie al susseguirsi di normative sulla salute e sicurezza sul lavoro avvicendatesi negli anni, che hanno fomentato sempre più l'approccio basato sullo studio e sul contenimento del rischio<sup>385</sup>.

Anche sul diverso terreno della responsabilità medica, la disamina dell'evoluzioni normativo-giurisprudenziali avvicendatesi negli ultimi anni, pare decretare una quasi completa sconfitta per le ambizioni di positivizzazione delle cautele di matrice privata che avrebbero dovuto ri-orientare la colpa medica nella direzione della colpa specifica. Si è osservato, infatti, come nelle linee guida convivano prescrizioni circostanziate e precise, indicazioni meramente orientative, parametri riferibili non solo all'imperizia, ma anche all'imprudenza e alla negligenza, e prospettazioni alternative che lasciano al medico la decisione finale. Tutto fuorché un quadro tassativizzato al punto da

---

<sup>383</sup> Per questa raffinata ricognizione, cfr. C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 125.

<sup>384</sup> In questo senso, cfr. C. PIERGALLINI, *Op. Ult. cit.*, p. 126.

<sup>385</sup> La significatività di questo *trend* si apprezza chiaramente consultando l'analisi quantitativa dei dati relativi agli infortuni, che sono stati raccolti e dettagliatamente analizzati in G. CAMPO-L. COLAZZO-B. MARTINI-A. SCIARRONE, *Analisi quantitativa e qualitativa delle statistiche sugli infortuni prima e dopo le principali innovazioni normative*, in A.M. STILE - A. FIORELLA - V. MONGILLO, (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell'ente*, Napoli, Jovene Editore, 2014, p. 3-15.

far propendere per una ricognizione della colpa medica come idealtipo di colpa specifica, insomma.

Per quanto riguarda la natura delle cautele elaborate nel campo dell'autocontrollo di impresa, è stato notato come l'apparato di regole si componga di poche regole autenticamente cautelari e, invece, di molte regole 'pre-cautelari', meta-organizzative e di controllo. Anche in questo caso, dunque, la rincorsa verso la colpa specifica sembra essere destinata a trovare solo parziale espressione.

Inoltre, giova ricordare che l'unico addentellato di matrice normativa che fornisce un sicuro parametro di raffronto per la conformità del modello sembra essere quello previsto all'art. 6 c. 3 del D. Lgs. N. 231 del 2001, che – però – non ha riscosso grande fortuna nelle applicazioni giurisprudenziali, che ne hanno sostanzialmente smitizzato la valenza<sup>386</sup>. Senza contare che dal perimetro dell'articolo resterebbe comunque esclusa la verifica circa l'effettiva attuazione del modello.

---

<sup>386</sup> Con specifico riferimento ai reati colposi commessi nel settore della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro viene in rilievo inoltre l'art. 30 c. 5 del D. Lgs. N. 81 del 2008 che prevede: «In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all'articolo 6.». Sul punto, cfr. V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d. lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2011, vol. 3, p. 69 ss; ID., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A. M. Stile-A. Fiorella-V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Jovene, Napoli 2014, p. 42 ss.; inoltre, per approfondimenti sull'art. 30 del D. Lgs. N. 81 del 2008, nello stesso volume cfr. i contributi della Parte III (p. 191 ss) e IV (p. 305 ss).

Nello scenario della responsabilità dell'ente, peraltro, l'adozione di un paradigma di colpa specifica pura determinerebbe distorsioni dai risvolti perversi.

La prima distorsione deriva dal fatto che, nonostante le fonti di categorie "accreditate" ex art. 6 c. 3 D. Lgs. N. 231 del 2001 presso il ministero non siano scarse in assoluto, lo sforzo di positivizzazione delle cautele di categoria risulta defatigante poiché il parametro di riferimento offerto per il confronto – seppur nei migliori esempi si possano apprezzare opportune differenziazioni basate soprattutto sul requisito dimensionale<sup>387</sup> – resta comunque indifferenziato per una pluralità variegata di enti. Anche in questo caso, dunque, sono raggiunti scarsi livelli di determinatezza delle cautele. Ma a questa stortura si potrebbe porre rimedio semplicemente potenziando e moltiplicando i meta-modelli offerti per raggiungere una maggiore approssimazione alla dimensione e alle specificità dei diversi tipi di impresa.

In secondo luogo, e qui sorge una obiezione di difficile superamento, la cristallizzazione delle cautele specifiche in fonti meta-normative che forniscono il *benchmark* per l'autonormazione d'impresa risulta controintuitiva e controproducente rispetto alla ispirazione e alla maggiore potenzialità dell'autonormazione: la flessibilità e la agile modificabilità della fonte. La positivizzazione delle regole cautelari in contesti ad alto tasso di variabilità e di

---

<sup>387</sup> Si pensi alle raccomandazioni contenute alle linee guida della Confindustria riguardanti le imprese di piccole dimensioni e alla previsione di cui all'art. 6 c. 4 del D. Lgs. N. 231 del 2001 che prevede la possibilità per le piccole imprese di assegnare il ruolo di vigilanza (normalmente riservato all'OdV) all'organo dirigente. Seppure sia apprezzabile l'attenzione riservata al dato dimensionale da parte delle Linee Guida e da parte dello stesso legislatore, tuttavia, non sembra che questo profilo sia stato adeguatamente valorizzato né dal punto di vista strutturale della responsabilità dell'ente né sotto la diversa prospettiva dell'individuazione del livello di autonormazione esigibile da parte degli enti di più piccole dimensioni. Evidenziano a più riprese la problematica A. FIORELLA-N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reto nello 'spazio globale'*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 28 ss.

sviluppo comporta il consolidamento di standard destinati a scadere nell'obsolescenza nel breve termine. Di contro, la verifica di adeguatezza dei modelli prescritta dal decreto si pone in perfetta continuità con la componente autopoietica dei modelli organizzativi che prevedono una costante opera di auto-monitoraggio e auto-aggiornamento.

Diverso sarebbe, invece, se la valutazione sul rimprovero rispetto al difetto di organizzazione vertesse, non sulla cautela finale nella specie adottata (da confrontare con le migliori prassi disponibili) ma, sul rispetto dei canoni necessari per redigere un buon modello. In buona sostanza, si ritiene che il giudizio sull'idoneità del modello debba prendere le mosse dalla valutazione retrospettiva del processo di *risk management* poiché è in quella fase che risulta più palpabile l'orientamento dell'agire dell'ente, l'approccio al rischio e la valutazione costi benefici relativa alla sostenibilità delle cautele.

Più in generale, sembra dunque potersi affermare che la sovrapposizione di cautele di diversa vocazione abbia sfumato progressivamente i contorni che separano la colpa generica dalla colpa specifica, dando origine a territori in cui l'agire conformativo preteso dall'agente oscilla, anche nell'ambito di un medesimo contesto di azione, tra regole scritte emergenti da fonti autonormate e il paradigma dell'agente modello che pure pare desumibile non più soltanto da norme esperienziali, ma anche da norme rintracciate sul piano dell'agire specialistico senza tuttavia raggiungere il grado di certezza e prescrittività richiesto dalla *colpa specifica*.

Si staglia dunque un panorama in cui la colpa specifica si diluisce disperdendosi in quella generica 'qualificata', o – detto altrimenti – un panorama in cui i margini della colpa generica, che pone alla base del giudizio di accertamento l'*homo eiusdem condicionis et professionis*, si restringono progressivamente (senza tuttavia mai scomparire) in ragione degli addentellati

normativi contenenti: vere e proprie norme cautelari, che scandiscono nuclei di *colpa specifica*; oppure norme che forniscono criteri per la determinazione dell'agente modello *specifico* e che fungono, quindi, da fonti di cognizione delle regole per l'accertamento della *colpa generica*.

Breve. Un paradigma ibrido in cui i due modelli convivono ritagliandosi spazi reciproci di cittadinanza nella tipizzazione della condotta colposa. In ultima istanza, ciò che maggiormente rileva è il fatto che le fonti autonormate, specie se consacrate dal dettato legislativo, riescono a restringere i margini di discrezionalità del giudice, contrastando l'*hindsight bias* insito in ogni giudizio che prende corpo dopo la verifica del fatto.

### **3.3. Chiosa *de iure condendo*: spunti per un miglioramento dell'eterointegrazione del tipo colposo mediante il ricorso a cautele specifiche autonormate**

Quanto sinora esposto conferma l'idea che la positivizzazione delle norme cautelari costituisce sicuramente una garanzia per il cittadino. È proprio in questo senso che la specificazione della norma cautelare (in generale) sotto forma di cautele autonormate (in particolare) può porre rimedio al deficit di determinatezza cui si espone fisiologicamente il tipo colposo<sup>388</sup>. A fronte di una frustrazione della componente formale del principio di riserva di legge, si riscontrerebbe un potenziamento della garanzia liberale coincidente con la

---

<sup>388</sup> Cfr. F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 149 ss.; R. BLAIOTTA, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, p. 375: "C'è da credere che, come la signoria della legge era l'antidoto contro radicati privilegi, la specificazione della norma cautelare fosse e sia tuttora l'antidoto più forte contro l'imponderabile soggettivismo del giudice e sia quindi una garanzia di legalità, imparzialità, prevedibilità delle valutazioni giuridiche".

chiara conoscibilità *ex ante* del contenuto della norma incriminatrice, che pure è espressione del principio di legalità e dei suoi corollari.

Tuttavia, la dilatazione della colpa specifica (e la conseguente contrazione degli spazi riservati alla colpa generica) derivante dalla positivizzazione delle regole cautelari rischia di rivelarsi una vana chimera, che scivola nelle stesse aporie già segnalate, se non sapientemente governata dalla regia della legge statale. L'iper-normativizzazione proveniente da sistemi particolari può concorrere alla circoscrizione del tipo colposo solo a condizione che sia il legislatore, *ex ante* e in astratto (e non, invece, il giudice *ex post* e in concreto, nell'ambito del processo) a farsi carico d'individuare quali sono, nella caotica moltitudine di codici comportamentali che disciplinano i diversi settori della modernità, le fonti preposte a dettare le regole cautelari specifiche per ciascun ambito. Diversamente, l'agente non sarebbe in grado di predeterminare l'assetto normativo a cui il suo comportamento deve conformarsi, mentre per il giudice non sarebbe comunque difficile rivenire retrospettivamente una regola cautelare specifica che si attagli al caso di specie.

Tuttavia, il mero rinvio legislativo ai sub-sistemi cautelari particolari autonormati non rimedierebbe alle altre obiezioni che vengono sollevate nei confronti degli stessi in punto di democraticità e imparzialità della fonte e in punto di ridiscussione dell'adeguatezza preventiva delle regole cautelari specifiche. Per questo motivo, la regia legislativa statale sull'autonormazione non dovrebbe risolversi in un supino richiamo delle fonti già esistenti, ma dovrebbe – piuttosto – fissare i requisiti di legittimazione particolare della fonte, al fine di prestare soddisfacenti risposte alle esigenze di garanzia che la fonte autonormata rischia di frustrare.

In questo senso, le opzioni a disposizione del legislatore sono molteplici e suscettibili di essere impiegate contestualmente: selezionare gli attori sociali

ritenuti idonei a rivestire il ruolo di normatori cautelari particolari, in virtù delle caratteristiche soggettive possedute dal sub-sistema (riserva di organo); fissare i profili assiologici e teleologici cui la fonte autonormata deve tendere, individuando – eventualmente – gli snodi procedurali ritenuti necessari (riserva di procedimento); stimolare la costante revisione e il conseguente aggiornamento delle fonti, in modo che queste producano regole che riflettano le più avanzate acquisizioni tecnico-scientifiche applicabili al settore di appartenenza (riserva di contenuto/di risultato).

Viceversa, le norme prodotte dalle fonti non richiamate dalla legge sarebbero dunque in grado di assurgere a cautela doverosa solo in due ipotesi: quella in cui le fonti autorizzate dallo Stato le recepiscano integrandole nel *corpus* normativo particolare legittimato; e quella in cui le *fonti escluse* maturino i requisiti richiesti per accreditarsi come fonti riconosciute dallo Stato.

Rispetto alla carenza di legittimazione democratica che si rimprovera alle fonti autonormate, poi, la lacuna potrebbe essere (almeno parzialmente) colmata prescrivendo che l'iter di approvazione della fonte autonormata contempli una fase di confronto dialettico con gli *stakeholder* interessati dall'agire sociale di quel sub-sistema. Le suggestioni, in questo campo, fanno riferimento a soluzioni che proiettano le garanzie procedurali-rappresentative sul piano particolare, attraverso il ricorso a processi di democrazia diffusa e co-regolamentazione.

In ultima istanza, si tratterebbe di trasferire sul livello normativo di dettaglio i canoni procedurali di legalità imposti dalla riserva di legge *ex art. 25 c. 2 Cost.*, in modo da restituire effettività a quel principio, seppur nella sua versione più recente, trasfigurata dalla crisi del *nullum crimen*.

Il risultato proposto sarebbe conseguibile seguendo un programma normativo che muove dalla dimensione generale a quella particolare: dallo Stato al cittadino, passando per il sub-sistema. Una volta selezionati i soggetti idonei a produrre le cautele e fissati gli standard del procedimento di normazione, lo Stato dovrebbe, quindi, imporre un obbligo di normazione e di aggiornamento rivolto al sub-sistema autonormativo che si proietti sulle entità subordinate (o comunque appartenenti a quel sub-sistema) che possono essere, a loro volta, collettive o individuali. La prescrizione autonormata si riverserebbe, *par cascade*, sui livelli subalterni declinandosi: in ulteriori obblighi normativi, più dettagliati e ritagliati sull'ente collettivo intermedio; oppure in vere e proprie norme comportamentali cui l'individuo deve conformarsi.

A ben vedere, quanto qui proposto non si discosta granché dalle soluzioni esistenti nel settore della responsabilità degli enti dipendente da reato o da quello della colpa medica, se non fosse per il fatto che il modello postulato prevede una stretta aderenza a ulteriori canoni formali che vincolino *ab externo* la fonte particolare (mediante le riserve di organo, di procedimento, di contenuto e di risultato), al fine di provvedere alle esigenze di garanzia che, mediante il ricorso all'autonormazione spontanea, troverebbero concretizzazione solo se prese volontariamente in carico da ciascun ente autonormatore.



## 4. Autonormazione come fonte di scriminanti procedurali?

### 4.1. La categoria delle scriminanti procedurali nella loro ambientazione originaria

Un altro spazio ricavabile per l'autonormazione nel panorama della dogmatica penalistica sembra potersi stagliare nell'ambito della controversa categoria delle scriminanti procedurali. Le scriminanti procedurali trovano la loro ambientazione originaria nel panorama in cui si articolano i diritti individuali che fanno capo alla libertà di autodeterminazione del soggetto, e vengono rintracciate principalmente nel settore delle scelte terapeutiche e della bioetica.

L'elemento differenziale rispetto alle cause di giustificazione classiche risiede nella presenza di una procedura che è funzionale alla definizione del bilanciamento di interessi evocati dalle norme antinomiche (quella incriminatrice e quella scriminante). L'ordinamento si apre all'eterointegrazione della norma scriminante rivolgendosi direttamente ai suoi destinatari; infatti, in tale processo 'di completamento' normativo, l'individuo partecipa seguendo un percorso chiaramente tracciato e predeterminato nella procedura.

La teorizzazione delle cause di giustificazione procedurali viene fatta risalire al pensiero di Hassemer<sup>389</sup> che, nel ribadire la validità generale di due

---

<sup>389</sup> Cfr. Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel - H. Meyer - H. Simon, Baden Baden 1994, p. 731 ss., Hassemer colloca la riflessione sulle scriminanti procedurali in linea di continuità con la categoria dello "spazio libero dal diritto", sul punto cfr. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato. Profili*

dei pilastri che governano le cause di giustificazione<sup>390</sup> – (i) l'esclusività del legislatore nel decidere se e quale “diritto migliore” prevale sulla lesione del bene giuridico realizzata con il comportamento tipico; (ii) l'impossibilità di verificare direttamente da parte dell'agente l'esistenza dei presupposti del “diritto migliore” eletto a scriminante – dimostra come, in realtà, si possano verificare situazioni che controvertono, almeno in parte, questi due assunti.

A partire dallo spunto offerto da alcune opinioni dissenzienti espresse nell'ambito del giudizio della Corte Costituzionale tedesca (1992) in merito alla interruzione di gravidanza nelle prime dodici settimane, Hassemer rileva come, in quel caso: (i) manchi un “diritto migliore” che sopravanza quello tutelato dalla legge e (ii) l'esenzione si applichi nonostante non sia previsto l'accertamento del diritto prevalente da parte del giudice<sup>391</sup>.

Sulla base di questa intuizione, Hassemer postula una diversa categoria di scriminanti presieduta da un metodo completamente diverso da quello della indicazione legislativa: il c.d. *modello discorsivo*<sup>392</sup>, ovvero della *soluzione consultativa*. Alla stregua di tale paradigma, il fatto tipico viene giustificato non

---

*dommatici e di politica criminale rileva il contrasto delle scriminanti procedurali*, Napoli, ESI, 2018, p. 177 ss.

<sup>390</sup> Lo spunto per affrontare il tema si presenta ad Hassemer in occasione della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 218a c. 1 StGB a opera della Corte Costituzionale tedesca, cfr. BVerfGE 88, 203 (Sez. II, sent. 28 maggio 1993): 2 BvF 2/90, 4-5/92.

<sup>391</sup> M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1273.

<sup>392</sup> La nomenclatura matura sempre con riferimento ai casi di interruzione volontaria di gravidanza: secondo il § 218° StGB: non viene realizzato il fatto del §218 se la donna richiede l'interruzione della gravidanza e comprova al medico con la certificazione di cui al §219, comma 2° che “si è fatta consigliare” (i.e. ha accettato e seguito la consultazione) almeno tre giorni prima dell'intervento; se l'intervento viene eseguito dal medico; se non sono trascorse più di dodici settimane dal concepimento.

in virtù di un bilanciamento di interessi predeterminati dall'ordinamento *tout court* (tenuto conto che il bilanciamento può risultare di difficile calibrazione in ragione di molteplici motivazioni)<sup>393</sup>, ma – piuttosto – in quanto realizzato all'esito del/in conformità con il procedimento che lo Stato prescrive di seguire<sup>394</sup>.

Secondo questa teoria, dunque, esisterebbero scriminanti interamente sorrette da una procedura legale che permette di addivenire alla definizione di un diritto prevalente attraverso il c.d. modello discorsivo, che si distinguono dalle scriminanti classiche c.d. sostanziali in cui il bilanciamento tra gli interessi in gioco è condotto una volta per tutte dal legislatore<sup>395</sup>.

Dal momento che l'esistenza stessa della causa di giustificazione (e quindi la sua validità) dipende interamente dalla genuinità della decisione assunta dall'agente (rispetto alla quale è precluso il vaglio di verifica dello Stato), il

---

<sup>393</sup> In questo caso ci sarebbero tutti gli estremi per la formulazione di una scriminante sostanziale, mentre nel caso delle scriminanti procedurali ci si trova per lo più al cospetto di beni equivalenti (cfr. vita del nascituro vs autodeterminazione della donna, egualmente inviolabili ed egualmente tutelati dalla costituzione)

<sup>394</sup> Cfr. M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., p. 1276; M.B. Magro, Eutanasia e diritto penale, Torino, 2001, p. 253 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, p. 29; Id., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in Cass. Pen., fasc. 3, 2007, p. 907.

<sup>395</sup> Cfr. A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p.25-27: «Il diritto penale della società dei diritti, allora, proprio con la proceduralizzazione della giustificazione, sembra utilizzare lo schema della legittimazione ex ante di una condotta lesiva in modo tale che, in virtù dell'espletamento di una procedura di controllo pubblico da far intervenire in costanza del comportamento tipico, la stessa condotta sia da ritenersi lecita già al momento della sua realizzazione, e ciò anche non solo al fine di garantire in via anticipata e indirettamente la protezione di ulteriori beni, ma soprattutto attraverso prescrizioni legislative (termini, consulenza, autorizzazioni, posizioni personali, vincoli fiduciari etc.) che, poste a garanzia di una decisione consapevolmente ovvero fiduciarmente qualificata e necessaria, portano l'ordinamento a tollerare, proprio perché proceduralmente giustificate, condotte anche generatrici di un'offesa.»

presidio eretto a tutela della determinazione dell'individuo consiste nella proceduralizzazione della formazione della volontà dello stesso, in modo che si possa verificare quantomeno l'adeguato grado di informazione e di consapevolezza dell'agente al momento della risoluzione. La procedura è dunque funzionale a garantire la "serenità" del contesto in cui la scelta del privato prende forma.

Tale ricostruzione viene però rifiutata da Mario Romano che, entrando in dibattito con la posizione di Hassemer, smentisce la tesi secondo cui scriminanti sostanziali e procedurali avrebbero fondamenti ontologici diversificati<sup>396</sup>. In realtà, secondo questa diversa ricostruzione, le cause di giustificazione procedurali si differenzerebbero soltanto in punto di modalità di esercizio del diritto che l'ordinamento riconosce come prevalente. Detto altrimenti, l'ordinamento consente al "diritto migliore" di sopravanzare a patto che sia esercitato secondo la procedura tracciata dall'ordinamento<sup>397</sup>. Il

---

<sup>396</sup> Cfr. M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit. p. 1277: "Guardando al cuore della tesi, comunque, il ruolo decisivo che essa assegna alla procedura è lo sbocco naturale, o se si vuole la conseguenza obbligata del rifiuto di ammettere la preferenza data dall'ordinamento alla posizione della donna nel confronto con quella del nascituro. È del tutto vero, infatti, che nella situazione in questione viene a determinarsi un conflitto tra due beni meritevoli di tutela, senza la possibilità di salvare entrambi; ma non è assolutamente vero, invece, che la legge si rifiuti di decidere per l'uno o per l'altro e che ciò sia dovuto al fatto che allo stato attuale della conoscenza manca al riguardo un "sapere specifico". Perché da un lato non si vede quando e come dovrebbe maturare in futuro, al riguardo, un nuovo e risolutivo "sapere"; dall'altro lato la legge, contrariamente a quanto afferma la tesi, accorda chiaramente la prevalenza alla volontà della donna. Non rispetta la realtà, insomma, negare una scelta dell'ordinamento motivandone l'assenza con una (provvisoria) non conoscenza, perché, per quanto aspramente controversa nelle moderne società pluralistiche, questa scelta vi è stata."

<sup>397</sup> Cfr. M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., p. 1283: "Là dove, come nella disciplina italiana, il presupposto che costituisce il "diritto migliore" sia solo virtuale, cioè là dove il singolo, seppure seguendo una data procedura, fa ciò che vuole, si ha l'attribuzione di un diritto, ancorché limitato nelle modalità d'esercizio. Si è allora sì in presenza di una causa di **giustificazione**, ma sostanziale: il cui contenuto materiale è sancito, implicito *in re ipsa*, dalla stessa disposizione di legge. Se non per tale aspetto (qui la legge provvede direttamente), la situazione soggettiva della donna non differisce da quella dell'agente in taluni casi di

procedimento ricopre quindi un ruolo meramente servente – e non fondante – rispetto alla causa di giustificazione: il bilanciamento è stato infatti completamente esercitato dal legislatore che ha attribuito un diritto – circoscritto nell'esercizio entro i limiti della procedura – all'individuo che si vale della causa di giustificazione. Secondo questa impostazione, dunque, la proceduralizzazione non varrebbe a modificare la natura sostanziale della scriminante, bensì – solamente a disciplinarne i confini e le modalità di integrazione.

Il fatto che, tradizionalmente, le scriminanti procedurali vengano ricondotte alle materie a forte connotazione etica concorre alla loro collocazione in continuità con la nozione di *spazio libero dal diritto*<sup>398</sup>: in questi ambiti, il diritto penale accetta la decisione strutturata del soggetto agente come valida causa di giustificazione – rinunciando addirittura a sottoporla a sindacato – a patto che tale decisione sia maturata in un contesto responsabile e informato. Lo Stato, dunque, contrae il proprio intervento penale nelle aree dell'ordinamento in cui non è in grado di determinare – una volta e per tutte – un prefissato bilanciamento tra gli interessi contrapposti<sup>399</sup>.

---

autorizzazioni amministrative: nei quali l'ordinamento, descritto un fatto come reato, ammette poi che esso sia lecito se compiuto in base ad apposita autorizzazione dell'autorità. **Giustificazione**, anche questa, di natura sostanziale, poiché l'autorizzazione, a sua volta con i relativi limiti, viene concessa al soggetto, nella previsione di legge, per un interesse ritenuto prevalente, ossia per la salvaguardia di un bene che, presenti certe condizioni, assume priorità rispetto a quello leso dalla realizzazione del fatto tipico.”

<sup>398</sup> La stessa associazione si ritrova anche in M.DONINI, *Il caso Welby*, cit..

<sup>399</sup> Di diverso segno le conclusioni di Consulich, secondo il quale le scriminanti procedurali si distinguono dalle sostanziali esclusivamente sotto il profilo formale, in quanto sottenderebbero una scelta del legislatore che legittima pienamente una delle posizioni oggetto del conflitto, cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 43-44: «Il fenomeno delle scriminanti procedurali non differisce dunque, se non solo nell'apparenza, rispetto ad altre cause di giustificazione

A tal proposito, Hassemer stesso precisa però che la scriminante procedurale – che costituisce comunque un’eccezione rispetto alla regola (scriminanti sostanziali interamente predeterminate dall’ordinamento) – pur trovando il suo terreno elettivo nei campi densamente pregni di valutazioni etico-individuali, sarebbe estendibile a tutti quei frangenti in cui il diritto non sia in grado di riempire di contenuto sostanziale la scriminante in quanto manchi un sapere scientifico costitutivo dell’illiceità penale<sup>400</sup>. Sotto questo profilo, la teoria risulta debitrice di quelle concettualizzazioni che rinvergono nella procedura l’elemento ordinatore dell’incertezza attraverso il quale è possibile prendere decisioni in contesti in cui manchi un sapere specifico<sup>401</sup>.

Nel perimetro appena tracciato, l’apertura dell’ordinamento verso il destinatario del precetto avviene facendo riferimento a una dimensione squisitamente individuale, ove l’integrazione della scriminante si fonda su spazi di vera e propria autodeterminazione unilaterale del soggetto, condizionato solo dai vincoli procedurali della scriminante definita dal legislatore. Già il fatto che in questi casi ci si riferisca esclusivamente a soggetti individuali, varrebbe ad escludere l’esistenza di spazi autonormativi su questo terreno, se non al costo di

---

tradizionali: esse esplicitano, già a livello di fattispecie legale, procedure decisionali che solitamente non compaiono nel tipo scriminante, se non sotto forma di provvedimento autorizzatorio conclusivo del procedimento. La differenza tra le cosiddette scriminanti procedurali e quelle ‘tradizionali’, allora, assume consistenza formale, attiene cioè al modo con cui la fattispecie scriminante viene descritta. Nelle prime viene formalizzata la procedura, nelle seconde solo il risultato finale della stessa. L’accento posto sul procedimento piuttosto che sul risultato autorizzatorio mira a nascondere una scelta politica non condivisa socialmente, o almeno a mitigarne l’impatto. In quanto tale, la procedura sottesa all’autorizzazione non tutela il pluralismo dall’imposizione di una scelta del potere pubblico 77, ma in realtà sancisce la prevalenza di un interesse o di un obiettivo di politica del diritto sugli altri.»

<sup>400</sup> In questo senso viene ricostruito il pensiero dello Studioso tedesco da M. ROMANO, *Cause di giustificazione procedurali?*, cit. p. 1275.

<sup>401</sup> Cfr. W. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, cit., p. 124, come citato da M. ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 1275.

trasfigurare il carattere collettivistico, che è stato fissato come presupposto necessario per l'individuazione del sub-sistema che produce norme auto-imposte.

Ma vi è di più. L'analisi della struttura delle scriminanti procedurali 'tradizionali' dimostra che, in quei casi, manca anche un vero e proprio *corpus* normativo proveniente dal privato. In ultima istanza, che ciò che è rimesso al privato è solo la volontà di elidere o meno l'antigiuridicità del fatto: il singolo può solo decidere se autoannullare l'antigiuridicità; ma, se sceglie di farlo, deve seguire pedissequamente le procedure prescritte dal legislatore. Nelle scriminanti procedurali a fondamento etico, insomma, quello che è rimesso all'autonomia privata è esclusivamente la scelta di seguire o meno la procedura: il privato può solo optare: per il rispetto della procedura, collocando, così, il suo comportamento nell'area dei comportamenti consentiti; oppure per la sua violazione, muovendosi sul terreno dell'illecito.

Per contro, il singolo non ha margine di discrezionalità o di trattativa nella definizione dei termini e delle clausole che fondano la scriminante: per poter considerare il comportamento come lecito, è necessaria una piena e incondizionata adesione che non ammette modifiche dei termini della procedura scriminante. Detto altrimenti: il ruolo dell'agente non possiede alcun tratto di creatività normativa e non è quindi plausibile parlare di autonormazione.

Tuttavia, come si avrà modo di evidenziare nel corso del prossimo paragrafo, non vi sono ostacoli che impediscano di postulare l'impiego delle scriminanti procedurali anche a contesti collettivi (espressivi di un sub-sistema sociale) e di strutturarle in modo *aperto*, in modo che possano trovare espressione veri e propri elementi di diritto riflessivo prodotti da quel sub-

sistema. Peraltro, alcune recenti estrinsecazioni del diritto penale dell'economia sembrano fornire una conferma prasseologica di tale ipotesi.

#### **4.2. Le possibili applicazioni nel contesto del diritto penale economico: elementi di diritto riflessivo come strumenti di co-regolamentazione dello spazio lecito**

A ben vedere, analizzando la categoria sotto un profilo più generale rispetto a quello appena messo in luce, pare potersi notare come tale delicato assetto tra gli interessi in gioco non si presenti esclusivamente nei casi di *biodiritto*, ma possa venire in rilievo ogni qualvolta lo Stato privilegi un approccio *liberal* nel disciplinare un determinato settore e voglia lasciare maggiore spazio all'autodeterminazione dell'agente, o – come vedremo – alla vittima, imbrigliandoli, tuttavia, nella procedura, al fine di garantire degli standard minimi al diritto soccombente.

Ai fini di questa analisi, pare significativo riportare due esempi, tratti entrambi dal diritto penale dell'economia, che riguardano: il primo, l'esimente di cui all'art. 217 *bis* della legge fallimentare; il secondo le prassi ammesse nell'ambito della disciplina riguardante gli abusi di mercato.

##### **4.2.1. L'esimente di cui all'art. 217 *bis* l. fall.**

Un'espressione di questa tendenza pare potersi cogliere con riferimento all'art. 217 *bis* della legge fallimentare<sup>402</sup>, che ritaglia uno spazio di esenzione

---

<sup>402</sup> Per una disamina delle differenti posizioni dottrinali e la ricostruzione dell'art. 217-bis come causa di giustificazione cfr. M. SCOLETTA, *La «specialità» della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa*,



dalla rilevanza penale per quelle condotte che, pur tipiche ai sensi degli artt. 216 c. 3 e 217 l. fall., vengono poste in essere “in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies.”.

Partendo da una valutazione intorno all’offensività delle condotte coperte dall’esimente di cui al 217-*bis*, non sembra potersi dubitare del fatto che nelle ipotesi contemplate sia presente un’offesa ai beni giuridici tutelati dagli art. 216 c. 3 e 217 l. fall.: rispettivamente, la *par condicio creditorum* e la garanzia patrimoniale dei creditori. Tale offesa risulta però tollerata in virtù del diverso interesse – emergente dal complesso delle trasformazioni di matrice privatistica che hanno interessato il settore – teso alla gestione alternativa (rispetto a quella del fallimento) della crisi dell’impresa e, per quanto possibile, alla sopravvivenza dell’impresa<sup>403</sup>.

---

*procedure concorsuali e diritto penale dell’insolvenza*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 393 ss., dello stesso avviso F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., pp. 86 ss. La materia fallimentare è attualmente oggetto di riforma, tuttavia, le considerazioni qui svolte con riferimento all’art. 217-bis dovrebbero potersi estendere anche alla disciplina post riforma, dal momento che la presenza di una norma analoga pare venga mantenuta anche nel nuovo ‘codice della crisi e dell’insolvenza’, sul punto cfr. P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche ‘a prima lettura’ sul progetto di codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 5/2018, p. 102.

<sup>403</sup> L’evoluzione socio-economica degli ultimi decenni ha fatto chiara mostra delle ripercussioni che la crisi dell’impresa genera sul tessuto sociale ed ha evidenziato che esistono circostanze in cui il tracollo dell’impresa è addebitabile a fattori esterni non governabili dall’imprenditore. Matura, dunque, la consapevolezza che i pregiudizi arrecati dall’approccio liquidatorio sono in grado di incidere sulle posizioni dei portatori di interessi (anche esterni all’impresa in crisi) che la legge si propone – in ultima analisi – di tutelare. Alla luce di questa presa di coscienza si è

La tolleranza del legislatore non è però piena e incondizionata, dal momento che il meccanismo di esenzione si attiva solo qualora siano rispettate le procedure civilistiche richiamate, le quali coinvolgono spesso l'espressione di un consenso da parte dei soggetti danneggiati o l'intervento certificatore di un soggetto – pubblico o privato – qualificato. In questo senso, la dimensione autonormativa si coglie non tanto con riferimento all'impresa nella sua individualità, bensì nella nuova compagine organizzativa che riunisce impresa e *stakeholders* nei contesti di crisi e che co-regolamenta l'assetto dei propri interessi secondo i moduli razionalizzanti tracciati dalle procedure.

Le istanze contrapposte trovano dunque una ragionevole composizione degli interessi – che può portare all'affermazione di un diritto prevalente, seppure lesivo del bene giuridico tutelato dalla norma – attraverso l'effetto razionalizzante della procedura. Si noti, inoltre, che – pur in una prospettiva completamente differente rispetto a quelle sino ad ora evocate – la scriminante procedurale si muove in un contesto di base connotato da incertezza del sapere scientifico: la volatilità delle dinamiche economiche cui è sottoposta l'impresa in crisi non permettono di pre-determinare gli esiti finali che le procedure individuate dall'art. 217 l. fall. produrranno nel singolo caso, si ritiene tuttavia che l'effetto esimente debba produrre comunque i suoi effetti.

---

considerato opportuno modulare secondo diversi canoni la disciplina della crisi dell'impresa, giustapponendo rimedi alternativi accanto all'opzione liquidatoria che diviene, in questa nuova prospettiva, l'*extrema ratio* cui ricorrere ove non sia possibile intervenire altrimenti. Il canone prescelto è ispirato al principio – diametralmente opposto – del recupero/ripristino dell'impresa, mentre lo strumento di realizzazione risulta improntato alla valorizzazione di istituti che garantiscano: da una parte, l'espressione all'autonomia privata dei portatori di interessi coinvolti nella crisi; dall'altra, il controllo di legittimità da parte dell'organo giurisdizionale. Segnatamente, il legislatore riconosce all'imprenditore e ai creditori uno spazio di autonomia privata entro il quale gli stessi hanno la possibilità di disciplinare i propri interessi sulla base di un regolamento consensuale.

#### 4.2.2. *Le esimenti di cui agli artt. 183 lett. b) e 187-ter c. 4 T.U.F.*

La dottrina che più recentemente ha approfonditamente trattato il tema delle cause di giustificazione, ha rintracciato nella disciplina degli abusi di mercato dei nuovi spazi che l'ordinamento avrebbe riconosciuto alla scriminante procedurale o comunque a scriminanti definite (anche) sulla base di *input* provenienti dagli attori privati del mercato.

In particolare, nella ricostruzione di Sessa l'art. 183 lett. b) del T.U.F.<sup>404</sup> configurerebbe una scriminante nella quale il giudizio di bilanciamento del legislatore non si esplica attraverso il riconoscimento di un diritto di rango primario (patrimonio collettivo pubblico) di fronte al quale è destinato a soccomberne un altro sottordinato (patrimonio dei risparmiatori-investitori), bensì mediante il ricorso al meccanismo della scriminante procedurale.

«(...) l'art. 183 TUF, a ben vedere, si ispirerebbe, dal punto di vista dommatico, proprio a quella nuova idea di giustificazione che, senza abbandonare negli esiti in concreto la tutela di un interesse prevalente parimenti degno di tutela, così come avviene nella giustificazione sostanziale, incarna la sua peculiarità nel rispetto di modalità procedurali costitutive di qualifiche di liceità che, di natura strettamente tecnica e fonte di una prognosi privilegiata statale, si riferiscono ad una situazione di necessità con deficit di sapere specifico che è tale da portare l'ordinamento a dover cercare una via di uscita alla conformità al diritto di condotte lesive, che si pongono come limite alla precettività di una norma in funzione della tutela di altri beni.

Ed è proprio nella disapplicazione della norma sugli abusi di mercato, quindi, che sembra registrarsi la risoluzione di un conflitto così strutturato, dal momento che l'art. 183 TUF, ad esempio senza vietare e né facoltizzare in assoluto l'alterazione di prezzi funzionale alla stabilizzazione di un titolo, si affida ad una

---

<sup>404</sup> Art. 183, lett. b) T.U.F.: "Esenzioni" 1. Le disposizioni di cui al presente titolo non si applicano: (*omissis*) b) alle negoziazioni di azioni proprie di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a), effettuate nell'ambito di programmi di riacquisto da parte dell'emittente o di società controllate o collegate, ed alle operazioni di stabilizzazione di strumenti finanziari di cui all'articolo 180, comma 1, lettera a), che rispettino le condizioni stabilite dalla Consob con regolamento.

procedura condizionata che, per legittimare la pratica di mercato, investe i soggetti decidenti di oneri, vincoli e limiti in forma di adempimento di doveri giuridici qualificati, capaci di costituirli garanti all'interno di un rapporto fiduciario di tipo pubblicistico. Il singolo, infatti, partecipando in questi termini alla procedura codeciderebbe con l'ordinamento, attraverso condotte 'proceduralmente giustificate', il limite tecnico del lecito degli abusi del mercato in funzione solidaristica.»<sup>405</sup>

Altra parte della dottrina<sup>406</sup> ha invece ravvisato nell'art. 187-ter, c. 4 T.U.F.<sup>407</sup> una causa di giustificazione «di creazione/modulazione 'prasseologica', che acquisisce concreta efficacia esimente solo una volta che le prassi vengano formalizzate attraverso una forma di riconoscimento da parte di un'autorità istituzionale» che si espone a preoccupanti distorsioni che, ancora una volta, andrebbero ad appuntarsi sul principio di legalità, vulnerato – in questo caso – dall'appropriazione dello *jus puniendi* da parte della Autorità governativa indipendente<sup>408</sup>.

#### 4.3. Le affinità tra il paradigma autonormativo e le scriminanti procedurali

Ritornando al paradigma autonormativo, risulta dunque evidente, come – ormai – le fonti dei privati si stiano diffondendo anche nel campo

---

<sup>405</sup> A. SESSA, *Le giustificazioni procedurali nella teoria del reato*, cit., p. 407. Per una ricostruzione parzialmente differente, a tenore della quale l'art. 183 T.U.F. integrerebbe una causa di giustificazione di tipo tradizionale, cfr. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 235.

<sup>406</sup> F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., p. 226; ID., *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 343. Contra A. SESSA, *op. ult. cit.*, secondo il quale l'art. 187-ter, c. 4 T.U.F. integrerebbe una causa di esclusione del tipo.

<sup>407</sup> Art. 187-ter, c. 4 T.U.F.: Per gli illeciti indicati al comma 3, lettere a) e b), non può essere assoggettato a sanzione amministrativa chi dimostri di avere agito per motivi legittimi e in conformità alle prassi di mercato ammesse nel mercato interessato.

<sup>408</sup> Cfr. F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti*, cit., p. 347.

dell'individuazione del perimetro della scriminante, in veste di “somministratori di liceità”.

Ma i motivi per accostare questa categoria al fenomeno autonormativo non si arrestano alla provenienza privatistica della fonte scriminante. Le consonanze fenomenologico-strutturali delle scriminanti procedurali rispetto al paradigma autonormativo sono molteplici e di immediata percepibilità. Basti pensare all'elemento fondamentale della procedura come strumento che fonda la liceità del comportamento, al contesto di incertezza di base in cui queste si dispiegano, o alla dinamiche che conferiscono spazi di partecipazione co-decisionali alle parti coinvolte nel bilanciamento di interessi.

A prescindere dal dibattito dottrinale circa la natura costitutiva ovvero meramente regolativa della procedura, bisogna riconoscere che ricorrono nel nostro ordinamento diverse ipotesi in cui la scriminante si fonda su / è disciplinata da un particolare *iter* procedimentale; basti pensare ad alcuni casi di esercizio di un'attività (illecita) che in presenza di un'autorizzazione amministrativa diviene lecita o a quella del c.d. consenso informato<sup>409</sup>.

---

<sup>409</sup> A conferma della duplice valenza limitativa delle modalità procedurali di realizzazione della condotta cfr. M.DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, n. 3/2007, pp. 902-918, §4: “Esistono numerose ipotesi dove il diritto penale interviene solo se non è stata rispettata una procedura amministrativa che realizza in anticipo un accertamento tecnico, di sicurezza, di competenza, di garanzia e talora di opportunità amministrativa. Siffatte tipologie di casi molto note (professioni, armi, stupefacenti, produzioni industriali, commercializzazioni di prodotti etc.), si possono ripartire in due classi: le condotte originariamente lecite come attività, ma disciplinate in via amministrativa, e sanzionate penalmente in caso di violazione dei limiti di un rischio consentito interno alla tipicità; e le condotte (così pericolose da risultare) originariamente illecite anche penalmente, salvo che non siano state previamente vagliate e permesse in via amministrativa, e dove il rischio che viene consentito è introdotto da un'autorizzazione/concessione/abilitazione operante come causa di giustificazione. Di volta in volta, la mancanza dell'autorizzazione renderà il fatto o tipico (e l'autorizzazione lo renderà atipico), oppure anti-giuridico (e l'autorizzazione lo renderà giustificato, lecito, anche se tipico)”. Nello stesso senso, prima ancora, cfr. M.MANTOVANI, *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, Torino, 2003, p. 50 e ss.

Tale tecnica di formulazione sembra quindi soccorrere nei casi in cui il riconoscimento di un diritto pieno e incondizionato in capo al suo titolare non sia adeguato a esprimere il corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, ma sia idoneo a prevalere solo all'esito di una procedura che contemperi l'espressione dei "contro-interessi" rilevanti.

Il contesto di incertezza in cui manca un sapere specifico che fondi un giudizio di bilanciamento valido in assoluto, unito alla valorizzazione della procedura in chiave di semplificazione delle decisioni e di garanzia di democratica partecipazione di tutti gli interessati offrono alla categoria della scriminante procedurale un ampio margine di impiego dell'autonormazione che, come dimostrato nei capitoli precedenti, è espressione concreta di tutte queste esigenze.

In questi contesti, dunque, la fonte autonormata può essere recepita una volta e per tutte nel tessuto della norma scriminante come fonte di cognizione per definire la procedura, che però resta fissa e non modificabile dal soggetto che intenda aderirvi, oppure può integrarla *ab externo*, in virtù del richiamo del legislatore, lasciando effettivi spazi di regolamentazione privata nello svolgimento della procedura. Nel primo caso, la causa di giustificazione sarà modulata sulla base di una fonte autonormata cristallizzata nella norma scriminante, mentre, nel secondo, esistono veri e propri spazi di auto-confezionamento delle procedure legittimanti.

---

con ampi richiami a A.CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico criminali*, Padova, 1988, p. 131 ss.

## 5. L'adempimento dell'obbligo autonormativo come causa di estinzione della punibilità

Prima di sondare le ricadute dell'autonormazione sulle vicende attinenti alla punibilità dell'ente nel nostro sistema, non sarà superfluo rivolgere l'attenzione ad alcuni istituti diffusi nel panorama statunitense di *Corporate Criminal Liability*.

### 5.1. Uno sguardo all'esperienza nordamericana dei *Pre-Trial Diversion Agreements*

In chiave comparatistica, può osservarsi come il paradigma della non punibilità ancorata all'autocontrollo della *Corporation* sia oggetto di crescente valorizzazione nel sistema nordamericano<sup>410</sup>. Nel panorama anglosassone di oltreoceano, nonostante il regime di *Corporate Criminal Liability* sia improntato su di un modello di *strict liability* in cui il *Compliance Program* ha sempre rilevato come elemento in grado di diminuire la pena per la Corporation (ma non di escluderla completamente), si va diffondendo un diverso orientamento nella gestione del contenzioso in fase predibattimentale che

---

<sup>410</sup> Un raffinato *excursus* cronologico dei diversi approcci succedutisi nell'ultimo quarto di secolo anni nel panorama della *Corporate Criminal Liability* nordamericana si può apprezzare in C. DE MAGLIE, *Alla ricerca di un 'effective Compliance Program': venticinque anni di esperienza statunitense*, in *Criminalia*, 2016, p. 375-399. Nel panorama italiano, cfr. inoltre FED. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2016, p. 80 ss.; ID., *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L'indice penale*, 2013, N. 2, 737 ss.; R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 12 ottobre 2015. Per le potenzialità espresse dal paradigma nell'ambito della *competitive law* cfr. K. YEUNG, *Securing compliance*, cit., passim.

consente all'impresa di sottrarsi al processo e alla pena ricorrendo determinate condizioni<sup>411</sup>. Si tratta dei *Pretrial Diversion Agreements* (PDA) in cui si possono distinguere i *Non Prosecution Agreements* (NPA) e i deferral prosecution agreements (DPA). Nell'ambito di questi procedimenti di *diversion*, viene offerta all'impresa la possibilità di dirottare il procedimento penale su un binario alternativo a quello fisiologico, in virtù di un accordo raggiunto con il *Prosecutor*.

L'apertura a questo tipo di accordi può verificarsi in conseguenza dell'adozione di un *compliance program post-factum*, ovvero all'esito di una auto-denuncia del reato, rispetto al quale l'impresa offre la propria collaborazione alla pubblica autorità al fine di individuare l'autore materiale del reato<sup>412</sup>.

Per parte dell'accusa, il contenuto di questi accordi riguarda la disponibilità del *prosecutor* a non perseguire l'impresa per il reato verificatosi, imponendo però sanzioni pecuniarie alla stessa. L'impresa, di contro, acconsente a cooperare nelle indagini e ammette il fatto di reato. In aggiunta, però, i PDA contengono prescrizioni tese a governare il comportamento futuro dell'impresa. Tra i *mandates* imposti all'impresa dal *prosecutor* possono figurare: l'adozione di un *Compliance Program* con contenuti specifici non altrimenti previsti dalla legge; la modifica del sistema di reporting interno,

---

<sup>411</sup> Fondamentale per una dettagliata panoramica del fenomeno, J. ARLEN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, p. 323 ss.

<sup>412</sup> Sui criteri orientativi per l'esercizio della discrezionalità da parte dell'accusa, giocano un ruolo essenziale i memorandum diffusi dal *Department of Justice* (DOJ) e dalla *Security and Exchange Commission* (SEC), che fungono da vero e proprio indirizzo per la politica giudiziale delle procure. Sul punto cfr. FED. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., p. 82.



l'aggiunta di specifici individui nel *board of director*, la revisione di alcune procedure aziendali, l'assunzione di soggetti preposti al controllo sui quali la procura esprime il proprio gradimento<sup>443</sup>. Dopo il PDA, l'impresa rimane sottoposta al monitoraggio mirato dell'autorità giudiziaria, che verifica il rispetto delle prescrizioni previste nell'accordo.

Nel caso dei NPA l'*agreement* consiste in un vero e proprio accordo che contempla l'abbandono dell'azione penale da parte della pubblica accusa, prim'ancora che venga registrata la notizia di reato<sup>444</sup>; mentre per i DPA è prevista la registrazione dell'accusa a carico dell'impresa, ma il *prosecutor* accetta di non portare avanti il procedimento sino alla condanna, pur lasciando il differimento del processo condizionato alla corretta e completa implementazione dei *mandates*. In entrambi i casi, comunque, è possibile che il PDA si traduca in una forma di non punibilità dell'ente, tanto che questo *trend* è stato interpretato come un passaggio che vira verso una *duty based liability*, quantomeno per le società ad azionariato diffuso, ritenute le candidate ideali per questo tipo di accordi<sup>445</sup>.

I PDA si articolano in un accordo in cui la non punibilità dell'ente viene negoziata con alcuni precisi doveri che il *prosecutor* impone alla *corporation* al fine di raggiungere l'accordo. È molto marcata, in questa fase, la dialettica tra impresa e Stato riguardante le misure da intraprendere ai fini di migliorare l'autorganizzazione. I doveri imposti alla *corporation* nell'individuazione dell'accordo possono riguardare il miglioramento di alcuni snodi organizzativi

---

<sup>443</sup> J. ARLEN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, cit., p. 325.

<sup>444</sup> FED. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, cit., p. 82, che sottolinea, a ragion veduta, i rischi connessi alla gestione "privatistica" dei NPA in assenza di una qualsivoglia delibazione da parte dell'organo giudiziale.

<sup>445</sup> J. ARLEN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, p. 333.

funzionali alla prevenzione del reato come il miglioramento del sistema di *reporting*, o la previsione che i funzionari addetti al controllo si incontrino periodicamente con la procura, o l'introduzione di nuove cautele frappositive, sino ad arrivare alla sostituzione di uno o più amministratori su indicazione e gradimento della procura. L'impostazione del PDA riflette quindi l'immagine di un'autorità giudiziaria fortemente interventista, pronta a entrare nei gangli più profondi della *corporation* disciplinandoli imperativamente dall'esterno, il che risulta quantomeno inaspettato nella patria del liberismo economico<sup>416</sup>. Per altro verso, è stato rilevato come le imprese godano in realtà di un potere contrattuale dai margini molto risicati, tanto che si dubita addirittura che la *corporation* possa effettivamente negoziare alcunché con la procura<sup>417</sup>.

A questi rilievi, se ne aggiunge un altro che amplifica i dubbi relativi alle garanzie apprestate da questo tipo di accordi: nonostante il *Department of*

---

<sup>416</sup> Rileva questa contraddizione, attribuita al cambiamento di approccio in seguito alle catastrofiche conseguenze innescatesi durante la crisi finanziaria R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa*, cit., p. 3 e 11-12.

<sup>417</sup> Si manifestano in questi contesti gli stilemi tipici del *plea-bargaining*, da sempre sospettati di essere una seria minaccia per le garanzie procedurali e sostanziali dell'imputato. Sul punto cfr. Cfr. C. DE MAGLIE, *Alla ricerca di un "effective compliance program"*, cit., p. 387 ss. Come nota R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreement e criminalità d'impresa*, cit. p. 11: «Da più parti si osserva come le società non abbiano alcun tipo di margine nella conduzione delle trattative: pur di evitare un possibile, devastante indictment, e spesso anche la revoca delle licenze per poter operare sul mercato o il debarment dalla possibilità di contrattare, sono costrette ad accettare ogni genere di richiesta imposta dalla pubblica accusa. E non sarebbe raro che si determinino a concludere degli accordi pre-processuali in presenza di elementi probatori inconsistenti<sup>37</sup> o a condizioni di gran lunga deteriori rispetto a quelle che potrebbero derivare da una sentenza di condanna<sup>38</sup>. Anzi, talvolta le imprese sono inclini a negoziare pure quando la stessa rilevanza penale di certi comportamenti non sia così scontata.» e come ivi citati: R.A. EPSTEIN, *Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom, Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, A.S. Barkow – R.E. Barkow (Ed. by), New York University Press, 2011, p. 41; L. KERN GRIFFIN, *Compelled Cooperation And The New Corporate Criminal Procedure*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* (2007), p. 339.

*Justice* incoraggi i procuratori a ricorrere ai PDA, ad oggi, non sono state ancora adottati standard certi che disciplinino l'attività dell'accusa nell'attività di individuazione dei *mandates* da imporre alle società. Si tratta, quindi, di un'attività largamente rimessa alla discrezionalità negoziale di ciascun *prosecutor*<sup>418</sup>.

È dunque evidente quanto penetranti siano gli obblighi imposti e, conseguentemente, quanto sia alto il prezzo della non punibilità.

Va però precisato, che i DPA vengono usati principalmente nell'ambito delle società a capitale diffuso, che non siano quindi strettamente tenute sotto controllo da un solo azionista o comunque da un gruppo ristretto. Ciò si verifica perché si ritiene che i meccanismi premiali della *Corporate Criminal Liability* attecchiscano meglio laddove vi è una separazione tra management e proprietà. Per gli stessi motivi, cui si sommano considerazioni relative alla scarsa *expertise* autoregolatoria che può essere offerta, si tende ad applicare il regime di *strict liability* senza correttivi per le società di più piccole dimensioni in cui la gestione viene esercitata dalla proprietà<sup>419</sup>.

Un'altra precisazione su cui vale la pena soffermarsi riguarda i presupposti che aprono alla possibilità di un DPA. Come si accennava, il DPA consegue a una situazione in cui la società abbia dimostrato ampiamente di collaborare con la Procura per facilitare la detezione e la punizione dei responsabili materiali del reato, tanto che si potrebbe dire che il vero oggetto di scambio tra *prosecutor* e *corporation* sia in realtà "la testa del colpevole" offerta

---

<sup>418</sup> Cfr. J. ARLEN, *Prosecuting beyond the Rule of Law: Corporate Mandates imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2016, p. 191 ss.

<sup>419</sup> J. ARLEN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, cit. p. 325, nota 1.

per conseguire l'impunità<sup>420</sup>. Questo contesto, però, pare dimostrare che l'ente non è completamente disorganizzato e che ha un sistema organizzativo tale da consentire l'individuazione del responsabile materiale. Dunque, per quanto i doveri imposti dalla procura possano rivelarsi penetranti e rivoluzionari per l'organizzazione aziendale, sembra difficile che questi si applichino a contesti in cui l'ente è completamente privo di un *compliance program* o di qualsivoglia apparato organizzativo.

Significative sono poi le conseguenze di un eventuale inadempimento dell'*agreement*. In primo luogo, nel caso in cui l'ente si macchi di un reato dello stesso tipo di quello che ha dato origine all'accordo, il giudice può annullare il PDA, con conseguente reviviscenza del procedimento<sup>421</sup>. Ma vi è di più: è stato autorevolmente sostenuto che le prescrizioni dei PDAs introducano, di fatto, una nuova forma di responsabilità che prescinde dall'*harm principle*. La

---

<sup>420</sup> La scelta di concentrare la risposta sanzionatoria nei confronti delle persone fisiche piuttosto che nei confronti della *corporation* è espressione di una tendenza della politica giudiziale nordamericana più recente, e costituisce un'inversione di tendenza rispetto all'imperativo previgente in cui i *prosecutors* erano esortati a perseguire l'impresa. Una precisa ricostruzione di questo passaggio è offerta da V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., p. 99 e 276 ss.

<sup>421</sup> Cfr. C. DE MAGLIE, *Alla ricerca di un "effective compliance program"*, cit., p. 386, che rileva a tal proposito la differenza tra PDA e *plea agreement*: «Come il tradizionale *plea agreement* i DPAs e i NPAs sono accordi pre-processuali tramite i quali lo Stato e l'organizzazione evitano tutti i costi di un processo. Con la differenza non trascurabile che, mentre in entrambe le situazioni le *organizations* possono accordarsi sui medesimi fatti oggetto del classico *plea-agreement*, le persone giuridiche che siglano un *non-plea-agreement-settlement*, "non" sono obbligate a compiere una dichiarazione formale (di colpevolezza o di rinuncia alla difesa), "con l'effetto di evitare tutti i costi collaterali della condanna penale che necessariamente derivano da questi *pleas*. (...) In conclusione con i DPAs ed i NPAs le società possono di fatto evitare "perdite di denaro, rischi, stigma e tutte le conseguenze collaterali di un'accusa, un processo, una condanna"»

violazione di uno dei *mandates* comporta una responsabilità penale indipendente dalla presenza di un danno contingente<sup>422</sup>.

La dottrina che per prima si è occupata della *Corporate Criminal Liability* d'oltreoceano ha rilevato come, all'esito di questo *revirement* delle procure incentrato sui DPAs, le trasformazioni più pregnanti possano apprezzarsi soprattutto sul piano dell'essenza dei *compliance programs*<sup>423</sup>. Mentre le indicazioni delle *Organizational Guidelines* per i *compliance programs tradizionali* valorizzavano oltre alla dimensione dell'enforcement (detezione e sanzione disciplinare dei trasgressori) e a quella del controllo sull'effettiva attuazione del programma, anche quella *pedagogica*, tesa a spiegare come costruire un efficace *Compliance Program* e come far penetrare la cultura della legalità attraverso la diffusione tra il personale e il management dell'impresa delle regole forgiate dall'ente. Quest'ultima sfaccettatura si disperderebbe completamente nell'approccio tramite i DPAs, che risultano nettamente sbilanciati sul versante dei controlli e su quello dell'*enforcement* sviluppati per compiacere il *prosecutor* sotto il suo occhio vigile.

All'obiettivo *preventivo-protettivo* perseguito tramite l'impostazione pedagogica promossa dalle *Organizational Federal Guidelines* se ne sostituisce uno nettamente *autoritativo-correttivo* in cui il regista del *Compliance Program* coincide con il *prosecutor-insider* che penetra nei meandri dell'organizzazione

---

<sup>422</sup> J. ARLEN, *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, cit., p. 341: « Second, whereas the traditional corporate criminal liability regime is harm contingent, PDA mandates impose non-harmcontingent liability: a mere breach of a PDA mandate without any subsequent substantive violation can result in criminal sanctions. PDA mandates thus in effect transform individual prosecutors into firm-specific quasi regulators with authority to devise and impose new duties on a firm with detected wrongdoing, enforced by liability that is non-harm contingent. ».

<sup>423</sup> C. DE MAGLIE, *Alla ricerca di un "effective compliance program"*, cit., p. 389.

d'impresa, con conseguente mortificazione dell'ideologia animata dalla coltivazione della *Business Ethics*<sup>424</sup>. Senza negare l'importanza, evidente soprattutto nel lungo periodo, derivante dalla messa in atto di una strategia basata sulla costruzione e il consolidamento di una cultura di impresa improntata all'etica e alla legalità<sup>425</sup>, a parere di chi scrive, l'esperienza nordamericana sembra confermare pienamente le teorie di *criminal law and economics* che rintracciano nell'organizzazione quell'autore iperrazionale animato principalmente dallo scopo economico che è in grado di influenzare il comportamento umano degli individui al proprio interno incentivando o scoraggiando la commissione di reati<sup>426</sup>. Peraltro, come ampiamente osservato nel corso del capitolo 4, la componente predominante – oltre che cruciale ai fini del giudizio di idoneità – nei modelli di organizzazione e controllo è sicuramente quella cautelare-cautelativa e non, invece, quella che riguarda l'etica d'impresa.

---

<sup>424</sup> IBIDEM, p. 391. L'amara constatazione offre lo spunto all'A. per mettere in luce i migliori risultati ottenibili in termini di *compliance* mediante l'adozione di un *compliance program* basato sul modello intrinseco (genuinamente basato sull'etica dell'impresa), e quelli sconsolanti incentrati sul modello c.d. estrinseco che ha come fulcro il calcolo dei costi-benefici legati all'investimento di risorse nell'attività di autoregolamentazione, IBIDEM, p. 392-395.

<sup>425</sup> Cfr. T. R. TYLER, *Psychology and the deterrence of corporate crime*, in *Research Handbook on corporate crime and financial misleading*, cit., p. 31 ss., che pur'essendo il più convinto sostenitore della legittimazione e della prevenzione *based on values*, non nega l'ineliminabilità della componente deterrente nella strategia di contrasto alla criminalità di impresa.

<sup>426</sup> Il dato sembra incontrovertibile (e incontrovertibile) per la dottrina formatasi sul fondamentale e ancora attualissimo pilastro della *Criminal Law and Economics* G. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, p. 169. Nella letteratura americana, cfr. J. ARLEN, *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in A. Harel & K. Hylton (Ed. by), *Research Handbook on the Economic of Criminal Law*, Edward Elgar, New York, 2012; J. ARLEN, *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes*, in *New York University Law Review*, 1997, vol. 72, p. 687 ss, nella letteratura italiana, resta fondamentale C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in E. Dolcini-C.E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 595.

A parere di chi scrive, però, è il sistema nel suo complesso che presenta intrinseche contraddizioni dopo l'avvento dei DPAs tanto che non esiste più un serio incentivo per le imprese ad adottare un *Compliance Program* efficace prima della commissione del fatto. Infatti, mentre l'adozione di un *compliance program ex ante* può – al più – sortire come effetto benefico il riconoscimento di un'attenuante alla *corporation*, con conseguente riduzione della pena ad essa irrogata; di contro, i DPAs consentono all'organizzazione di andare esente dalla pena (e dai costi del processo) al costo di riconoscere degli spazi di eteroregolamentazione al *prosecutor*.

Se i *Compliance Programs* adottati all'esito dei DPAs hanno riscosso un successo decisamente maggiore rispetto a quelli tradizionali, la motivazione va probabilmente ricercata sul terreno della scarsità di incentivi per l'impresa ad autorganizzarsi preventivamente: la logica rimediale *post-delictum* apre infatti la via all'impunità, implica investimenti per la *compliance* solo eventuali (seppur eterodiretti), risparmia all'ente i costi del processo e compromette in misura inferiore la reputazione della *corporation*.

## **5.2. Autonormazione e negoziazioni della punibilità nel sistema italiano di responsabilità dell'ente dipendente da reato**

Il sistema statunitense ha rivelato un meccanismo inverso rispetto a quello italiano, che – invece – riconosce l'impunità all'ente solo nel caso in cui un M.O.G. idoneo a prevenire i reati della specie di quello verificatosi sia adottato ed efficacemente attuato *prima* della commissione del reato, mentre è prevista una mera diminuzione della pena nel caso di M.O.G. riparatorio.

Dai brevi cenni riservati ai NPAs e ai DPAs, il modello dei DPAs come implementato nell'ordinamento statunitense sembra proiettare il sistema di

prevenzione del reato mediante l'organizzazione in uno scenario di vero e proprio dirigismo economico delle procure, fustigando così la componente autonormativa, che era stata individuata come chiave di volta per l'abbandono dell'applicazione della teoria della deterrenza pura nella *Corporate Criminal Liability*, e impedendo la reale costruzione di una cultura dell'impresa orientata alla legalità. Dell'autonomia dell'organizzazione complessa resta quasi esclusivamente il simulacro del consenso espresso rispetto all'*agreement*, ma – se così è – andranno dispersi anche tutti i benefici da essa derivanti.

La lezione che è possibile trarre dall'esperienza statunitense è sicuramente quella di un sicuro *appeal*, per l'impresa, di un modello che includa accordi predibattimentali che consentano all'impresa di evitare la sanzione per il reato commesso dai propri dipendenti. Tuttavia, perché l'effetto preventivo duri effettivamente nel tempo, è necessario che l'accordo non trasfiguri completamente la genuina e originaria vocazione autonormativa dei M.O.G..

Tornando al panorama italiano, va segnalato che, pur non essendo disponibili i dati relativi, risulta che in alcune procure si verifichino proprio in sede di archiviazioni ex art. 58 del D. Lgs. N. 231 del 2001, o addirittura prima dell'iscrizione, percorsi non distanti da quelli tracciati nei DPA. Il meccanismo prevede infatti che, qualora non proceda alla contestazione dell'illecito “*il pubblico ministero emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al procuratore generale presso la corte d'appello*” che potrà “*svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione*”. Alcuni pubblici ministeri hanno interpretato la disciplina dell'archiviazione del sistema 231 come segnale di un maggiore riconoscimento legislativo della discrezionalità del PM rispetto a quella prevista in relazione all'esercizio dell'azione penale. Così, in alcune



procure, si assiste all'archiviazione o alla *non iscrizione* accordata dal PM qualora l'ente dimostri di aver predisposto un modello 231 dopo il fatto, che rimedi alle disorganizzazioni che hanno consentito la verifica del reato.

La tendenza, pur per certi versi apprezzabile, pare trovare scarso riscontro nel dato normativo che, peraltro, prevede già altri diversi meccanismi premiali – che non giungono a riconoscere all'ente l'impunità – fondati sulla adozione tardiva del modello. Ma, anche a tutto voler concedere a questo *modus operandi*, l'opzione soffre di un'autoreferenzialità che la relega nell'isolamento giuridico non producendo alcun effetto responsivo sul sistema. Infatti, non essendo disponibili e pubblici i dati delle archiviazioni, le imprese non sono in grado di rendersi conto del fenomeno se non al momento dell'indagine, mentre a livello scientifico non è possibile misurare gli eventuali benefici prodotti da questo sistema.

D'altro canto, un significativo indice della propensione alla negozialità della punibilità espressa dalla disciplina della responsabilità dell'ente dipendente da reato è stato colto nell'ipotesi limite prevista dall'art. 8 del D. Lgs. N. 231 del 2001. Segnatamente, nella misura in cui, *de facto*, consente all'ente di concordare la pena allo scopo di *paralizzare* la formulazione delle imputazioni individuali; utilizzando così il patteggiamento dell'ente in chiave sostitutiva-strumentale rispetto all'imputazione dei singoli<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup> Questa possibile deriva distorsiva dell'istituto, manifestatasi anche in un recente caso giudiziario, viene segnalata da M. DONINI, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G. L. Gatta, Giuffrè, 2018, p. 604: “Nel caso *Credit Suisse* la Procura di Milano, per es., in un procedimento per frode fiscale, riciclaggio e ostacolo all'autorità di vigilanza, ha concordato per la società svizzera una consistente sanzione pecuniaria che ha di fatto consentito di “chiudere” una vicenda penale che avrebbe problematicamente ma in modo incerto potuto coinvolgere i suoi amministratori, rimasti così

Per quanto riguarda il versante della punibilità dell'ente, è stato già osservato nel corso di questo lavoro come la disciplina della responsabilità dell'ente riconosca già alcuni spazi applicativi all'autonormazione. In questo contesto, l'adozione del modello dopo la commissione del reato costituisce una delle condotte riparatorie che – sommata alle altre – consente all'ente di evitare le sanzioni interdittive e di conseguire una cospicua riduzione della pena pecuniaria. Questa disciplina dimostra il perdurante interesse dello Stato a sollecitare l'autonormazione di impresa anche dopo che il reato si è verificato: l'interesse a diffondere la cultura dell'autocontrollo mediante organizzazione è ritenuto prevalente e – in un'ottica di prevenzione dei reati futuri – certamente più proficuo della mera irrogazione della pena pecuniaria in chiave repressiva.

Il concetto di *compliance* nella sua declinazione successiva al fatto ha dischiuso nuovi orizzonti rispetto all'ipotesi di delitto riparato teorizzata recentemente da Donini<sup>428</sup>, che paiono coerenti con l'autentica ispirazione della responsabilità dell'ente nella sua versione italiana. La teorizzazione muove da una riconsiderazione delle modalità di esplicazione della pena, in cui viene soppiantata l'idea di pena come istituto afflittivo necessariamente passivo, per fare largo a spazi di proattività del reo nella definizione della pena. Si passerebbe così da una pena inevitabilmente *subita* a una pena

---

indenni dall'imputazione. Formalmente non era possibile “patteggiare” anche sulle future azioni penali riguardanti le persone fisiche, ma la possibilità tecnica che l'art. 8 offre alle Procure getta in una materia così intrisa di negozialità e logiche privatistiche una luce obliqua circa l'uso di una occulta discrezionalità dell'azione penale nel rapporto fra responsabilità degli enti “che pagano” e irresponsabilità degli individui “che non pagano”.

<sup>428</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit.; più in generale, sul tema, cfr. ID., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, Fasc. 3, pp. 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015.

eventualmente *agita*<sup>429</sup>. Il *trend*, rivelato a tutto campo dalla recente *evoluzione della politica criminale contemporanea*, risulta dominante proprio nell'ambito del sistema punitivo ex D. Lgs. N. 231 del 2001 e, in particolare, con riferimento alle ipotesi qui considerate di esclusione delle pene interdittive e di netta riduzione delle pene pecuniarie. Queste ultime possono conseguire all'adozione di condotte volte a neutralizzare l'offesa e al risarcimento del danno, ma il beneficio premiale più consistente si concretizza qualora a queste iniziative dell'ente si aggiunga anche l'adozione *ex post* di un M.O.G.<sup>430</sup>. In quel caso, il legislatore accoglie l'ipotesi che possa essere irrogato solo 1/3 della sanzione comminata per l'illecito, proprio in considerazione del fatto che l'ente si protende attivamente verso la *compliance*, contribuendo – *pro futuro* – a irrobustire la tenuta dei baluardi della legalità d'impresa.

L'adozione del modello è valorizzata non solo (e non tanto) perché costituisce la simbolica esibizione di un ravvedimento da parte dell'ente, ma perché lascia in eredità all'ordinamento un nuovo *corpus* normativo che accresce la tutela dei beni giuridici che incrociano l'attività d'impresa. Tale lascito, acquista particolare valenza perché, attraverso la fonte autonormata, l'ente (oltre a riparare) *si ripara*, proiettando verso le micro-collettività sulle quali il suo agire ha impatto i benefici di questa ristrutturazione e distribuendo capillarmente i frammenti di legalità che lo Stato gli chiede di gestire.

---

<sup>429</sup> M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit. p. 589.

<sup>430</sup> *Ibidem*, p. 590 ss.

## 6. Autonormazione in luogo di o a supporto della criminalizzazione

Passate in rassegna le possibili ricadute dogmatiche del paradigma autonormativo, occorre ritornare sullo sbocco che – a parere di chi scrive – appare più promettente per i futuri sviluppi del diritto riflessivo, che coincide con la concretizzazione nel sistema penale del principio di sussidiarietà<sup>431</sup>.

In particolare, a parere di chi scrive, l'autonormazione in materia penale potrebbe essere validamente collocata su quel terreno (delle terre emerse dal mare della libertà), arato dai maestri del principio di sussidiarietà, dedicato alla coltivazione attiva della “politica delle alternative” sanzionatorie secondo una logica, per così dire, *gradualistica*, volto ad individuare il “*minimo mezzo per lo scopo necessario*”<sup>432</sup>.

Naturalmente, se si intende conferire all'autonormazione un effettivo spazio di operatività come strumento alternativo al diritto penale, occorre prendere sul serio il paradigma e calarlo nel sistema riconoscendogli una valenza

---

<sup>431</sup> Per un magistrale e completo affresco del principio cfr. C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, in corso di pubblicazione. Sullo stesso tema, secondo declinazioni variegiate, cfr. A. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift Henkel*, Berlin-New York, 1974, p. 89 ss.; G. MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 26; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, p. 618 ss.; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*», cit., p. 159; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fior. stor. pens. giur. mod.*, 2007, vol. 36, 2007; D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p. 1033; G. P. DE MURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 1654 ss.; T. VORNBAUM, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica* (trad. it. M. Donini), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2015, p. 51 ss.

<sup>432</sup> Si riprendono qui fedelmente le parole di A. Kaufmann sapientemente intarsiate nel discorso di C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, cit., § 2.2.1.2 del dattiloscritto.

autenticamente regolatoria, che ne valorizzi la componente intrinsecamente procedurale, dalla quale discende la semplificazione della complessità più volte segnalata nel corso di questo lavoro. Segregare l'autonormazione esclusivamente sul piano dell'affermazione della consentaneità dei principi etico-valoriali dell'organizzazione complessa rispetto a quelli dell'ordinamento equivarrebbe al sostanziale svuotamento del paradigma, che si risolverebbe nell'ennesima simbolica superfetazione giuridica riconfermativa dei principi distinguibili nell'ordito del sistema penale. Ma il dato prasseologico sembra confortante da questo punto di vista. Infatti, nessuno dei microsistemi chiamati al banco di prova nel corso del capitolo 4 sembra essere stato concepito incappando in questo limite.

Come più volte chiarito nel corso dei capitoli 2 e 3, il più dirompente potenziale espresso dall'autonormazione consiste nella sua capacità preventiva che si dispiega in una fase pre-penalistica. Il diritto riflessivo contrasta il reato proceduralizzando l'organizzazione nel suo complesso – come istituzione, verrebbe da dire, riprendendo ancora una volta le teorie di Santi Romano – entrando nei gangli della sua architettura, delle sue regole e dei suoi controlli.

Il ricorso ai sistemi di *risk management*, applicati alle dinamiche criminologiche che si intende contrastare, consente di sfruttare l'organizzazione complessa come sede di detezione, analisi, misurazione e mitigazione del rischio; facendo ricorso a un sistema normativo ritagliato sulle esigenze della singola organizzazione che gode di una diffusione più capillare e di un più alto grado di effettività rispetto al *deterrence approach*.

Del resto, il paradigma di gestione del rischio affiancato all'approccio repressivo penalistico è rinvenibile, seppur con diverse sfumature, in tutti e tre i banchi di prova scrutinati nel capitolo 4: in ambito 231, costituisce un elemento chiave per l'imputazione della responsabilità da reato all'ente; in materia di

anticorruzione, costituisce il *pendant* preventivo puro dei reati contro la p.a.; mentre nell'ambito della responsabilità medica viene impiegato come strumento per il contenimento del rischio clinico, tanto sul piano della condotta individuale quanto su quello dell'organizzazione complessa.

Assume così una più chiara fisionomia quel terreno in cui si stendono gli orizzonti dell'autonormazione: un campo alternativo al diritto penale popolato da attori extrastatali che razionalizzano l'agire organizzato in funzione preventiva, sotto la supervisione statale che può essere esercitata in maniera più o meno intensa.

Ma il fascino che esercita la maggiore attrazione per il penalista alla ricerca di un equivalente funzionale della sanzione penale è sprigionato dal fatto che l'autonormazione anticipa la prevenzione, senza tuttavia anticipare anche la pena (intesa nel senso più restrittivo del termine). E ciò è dimostrato dal fatto che il paradigma del diritto riflessivo contempla una strategia di prevenzione inedita che, nel migliore dei casi, è in grado addirittura di prescindere dalla componente sanzionatoria. A ben vedere, queste versioni dell'autonormazione emancipate dalla sanzione risultano doppiamente alternative in quanto non prevedono soltanto una riduzione gradualistica dell'entità della sanzione (da penale ad amministrativa/civile/disciplinare), ma si affacciano verso quegli orizzonti di *compliance* pura, che però necessitano di una legittimazione basata sul consenso ultra-consolidata.

Tuttavia, anche nell'ambito dell'autonormazione dotata di apparati sanzionatori (perciò replicativa del paradigma di *command & control* seppur ad un livello decentrato) permane una netta convenienza rispetto al diritto penale tradizionale in quanto la sanzione autonormata risulta sempre più mite rispetto a quella penale, ma – alla prova dei fatti – altrettanto (se non, addirittura, maggiormente) efficace. Seguendo il percorso di verifica tracciato

come meccanismo attuativo della clausola di *extrema ratio*, quindi, il ‘Formante-Legislatore’ vedrebbe dunque incagliare il suo ragionamento nella verifica della *proporzione d’impatto*<sup>433</sup>.

In questa prospettiva, gli spunti derivanti dalla teorizzazione dell’*Interventionsrecht* di Hassemer si fondono con quelli provenienti dalla proposta di *Responsive Regulation* ideata da Braithwaite che trova il suo perno nella piramide dell’*enforcement*.

Con il *diritto dell’intervento* concettualizzato da Hassemer l’autonormazione condivide principalmente l’ambientazione. Alcuni dei più eminenti esempi di autonormazione si sono infatti manifestati proprio in quei campi in cui il diritto penale risultava in crescente e scomposta espansione. In particolare, ci si riferisce alle ‘*campagne di criminalizzazione neocapitalista*’ che hanno a lungo bersagliato senza grande successo i c.d. colletti bianchi con vistosa crescita del diritto penale economico<sup>434</sup>, nonché l’altro ramo – prevalentemente omissivo-colposo – dello *ius puniendi* cresciuto all’ombra dell’aumento dei rischi tecnologici diffusi su scala globale<sup>435</sup>.

In questi settori, le sperimentazioni di autonormazione che abbiamo intercettato, si presentano principalmente come strumenti a supporto della

---

<sup>433</sup> C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di ‘extrema ratio’*, cit. § 2.2.1.2.1 del dattiloscritto.

<sup>434</sup> C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di ‘extrema ratio’*, cit., § 1.2.1; ID., «*Minima non curat praetor*», p. 62 ss.

<sup>435</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di ‘extrema ratio’*, cit., § 1.3.1 del dattiloscritto; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, cit.; U. BECK, *La società del rischio*, cit.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

criminalizzazione che servono ad aggiungere uno strato normativo che ritardi o escluda l'irrogazione della sanzione penale nei casi in cui siano rispettati i vincoli imposti dal diritto riflessivo. Quello che ancora non è stato possibile osservare è la sostituzione del diritto penale con la fonte autonormata in ossequio a processi di vera e propria depenalizzazione.

La principale obiezione formulata nei confronti dell'*Interventionsrecht* hassemeriano riguardava la sua reale natura: si tratterebbe di una tecnica di controllo sociale solo apparentemente tecnocratica, ma che in realtà riproduce – sotto mentite spoglie – i tratti essenziali del diritto penale<sup>436</sup>. Non pare, però, che tali remore possano estendersi anche all'autonormazione: *in primis*, perché non sempre l'autonormazione è corredata da sanzioni; in secondo luogo, perché anche nelle sue versioni rinforzate, impiega strumenti sanzionatori (*rectius* disciplinari) già contemplati dall'ordinamento; in ultimo, perché la componente sanzionatoria – pur rivestendo una certa importanza per il sistema autonomato – non assume l'importanza capitale che invece ha la sanzione nel diritto penale.

Dalla teoria della *Responsive Regulation*, la proposta qui propugnata ricalca fedelmente la struttura, che rispecchia alla perfezione quei requisiti di *gradualità* e di *proporzionalità* reclamati dal principio di sussidiarietà. Un diritto decentrato, a regia statale, che gradua la risposta legislativa al variare della tipologia di soggetti regolamentati, o – addirittura – da un'entità all'altra. In questo scenario, il legislatore esordisce con strategie volte a incentivare la prevenzione decentrata prevedendo incentivi, esenzioni o risposte sanzionatorie miti, e intraprende l'*escalation* sanzionatoria verso l'apice della piramide (la

---

<sup>436</sup> Cfr. C. E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, cit. § 1.2.1 del dattiloscritto; K. LÜDERSEN, *Tornare al buon vecchio nocciolo duro, liberale e decoroso, del diritto penale?*, in *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005, p. 108.



sanzione penale) soltanto all'esito di una prova negativa dei paradigmi meno afflittivi.

I campi di sperimentazione che meglio si prestano a testare questa proposta, anche in chiave completamente sostitutiva del diritto penale, si stendono in abbondanza soprattutto nei settori ancora spogli da una disciplina statale. In questi frangenti si potrebbe parlare, a giusto titolo, di ricorso all'autonormazione in luogo dell'incriminazione.

Basti pensare alla necessaria gestione delle nuove dinamiche criminologiche che si affacciano – in forme inedite o semplicemente riadattate – nell'ambiente virtuale, in cui la risposta penale rischia di offrire risposte solo simboliche oltre che tardive. *De iure condendo*, paiono ottimi candidati all'impiego del paradigma autonormativo i fenomeni di diffusione di *fake news* in rete, oppure quelli di manipolazione dell'opinione pubblica e di interferenza sulle campagne elettorali verificatesi in molti paesi. Volgendo invece lo sguardo alle fattispecie già esistenti, si potrebbero indagare i possibili spazi preventivi delegabili ad enti autonormatori: si pensi alla sostituzione di persona, alla truffa o all'estorsione *online*, alle dinamiche criminose che implicano l'uso di *cryptocurrency* e così via. In queste nuove aree, quantomeno nelle more di una riflessione più approfondita da parte del legislatore, varrebbe la pena di testare le potenzialità di un paradigma di *enforced Self-Regulation*, che avrebbe altresì il merito di valorizzare l'esperienza autonormativa in chiave pedagogica.

L'impiego dei modelli di autonormazione e di autocontrollo conosce una storia ancora troppo breve perché questi possano essere valutati in chiave prospettica, ma le numerose esternalità positive esibite in altri contesti geografici sono senza dubbio incoraggianti.

Gli orizzonti di questa ricerca si chiudono con l'auspicio che al paradigma autonormativo venga riconosciuta una collocazione razionale nel

sistema penale, ciò consentirebbe di dare corpo al principio di sussidiarietà del diritto penale, principio che sino ad ora ha trovato espressione principalmente nell'interlocuzione con il ramo civilistico e amministrativistico dell'ordinamento. L'autonormazione, corredata o meno dai suoi apparati sanzionatori, è un fenomeno che non è più possibile ignorare e che si aggiunge all'armamentario a disposizione del legislatore statale per soddisfare i bisogni di tutela provenienti dalla società allontanando così, quantomeno in teoria, il disbrigo delle questioni alla sua attenzione mediante il diritto penale.

In ultimo, va considerato che la versatilità del paradigma proposto nel modello di *Responsive Regulation* piramidale si presta ad essere scandito in diversi piani corrispondenti ad altrettante strategie di regolamentazione e controllo che ne consente l'agile adeguamento rispetto a pressoché qualsiasi tipo di ordinamento e di esigenze.

Tutto ciò dimostra che, se si intende prendere realmente sul serio la sfida della *Self-Regulation*, un modello valido esiste ed è pronto per essere collaudato.

## BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte : atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, a cura di Luigi Stortoni e Luigi Foffani, Milano, Giuffré, 2004

AA. VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2011.

AA. VV., *Interventi al convegno organizzato dalla Camera penale di Firenze Terzo basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità*, Firenze 14-15 dicembre 2012.

AA. VV., *Multiculturalismo, diritti umani, pena: atti del Convegno in occasione del conferimento della laurea h. c. a Mireille Delmas-Marty, Ferrara, 5-6 novembre 2004 : Università degli studi di Ferrara, Facoltà di giurisprudenza, Dipartimento di scienze giuridiche, Centro di documentazione e studi sulle comunità europee*.

AA. VV., *Panel Discussion on Self-Regulation*, in *Antitrust L.J.*, 1988, vol. 57, p. 809.

AA. VV., *Professional Self-Regulation*, in *Ala. L. Rev.*, 1978, vol. 29, p. 679.

AA. VV., *Terzo, basta? La legittimazione del giudice penale nell'epoca della crisi della legalità*. Interventi al Convegno della Camera Penale di Firenze tenutosi a Firenze il 14-15 dicembre 2012.

AA.VV., *Principio di legalità penale e Diritto costituzionale problematiche attuali*, (a cura di) Irene Pellizzone, Milano, Giuffré, 2018.

AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, (a cura di) G. Insolera, Relazioni presentate all'Incontro di studio tenuto a Bologna nel 2004, Bologna, 2005.

ABRIANI N., *Il modello di prevenzione dei reati nel sistema dei controlli societari*, in A. Cadoppi-S. Canestrari-A. Manna-M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Utet, Assago, 2017, p. 2301 ss.

ALEO S., *Considerazioni critiche sull'art. 6 della legge Gelli in materia di responsabilità sanitaria*, in *Ind. pen.*, 2017, pp. 593 ss.

ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Giuffrè, Bologna, 1984.

ALEXANDER C. R. – ARLEN J. - COHEN M. A., *Regulating Corporate Criminal Sanctions: Federal Guidelines And The Sentencing Of Public Firms*, in *Journal of Law and Economics*, 1999, vol. XLII

ALEXANDER C. R., *Corporate crime, markets and enforcement: a review*, in *New Perspectives on Economic Crime*, by Hans Sjögren and Göran Skogh, 2010, Ch. 3, p. 20-41.

ALEXANDER C. R., *On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence*, in *The Journal of Law & Economics*, 1999, vol. 42, n. 51, pp. 489-526.

AMATO G., *Professionisti "salvi" se l'evento dannoso è dovuto a imperizia*, in *Guida dir.*, 2017, 15, pp. 51 ss.

AMODU N., *Regulation and Enforcement of Corporate Social Responsibility in Corporate Nigeria*, in *Journal of African Law*, 2017, 61, 1, p. 105-130.

ARLEN J - KAHAN M., *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, 2017, vol. 84, p. 323-387.

ARLEN J. - KRAAKMAN R., *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis Of Corporate Liability Regimes*, in *NYU Law Review*, vol. 72, n. 4, October 1997, p. 687-779.

ARLEN J., *Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence*, in A. Harel & K. Hylton (Ed. by), *Research Handbook on the Economic of Criminal Law*, Edward Elgar, New York, 2012.

ARLEN J., *Corporate Governance Regulation through Nonprosecution*, in *The University of Chicago Law Review*, p. 323 ss.

ARLEN J., *Prosecuting Beyond The Rule Of Law: Corporate Mandates Imposed Through Deferred Prosecution Agreements*, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 8, Issue 1, 1 June 2016, p. 191-234.

ARLEN J., *The Failure Of The Organizational Sentencing Guidelines*, in *U. Miami L. Rev.*, 2012, vol. 66, p. 321.

ARLEN J., *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in *The Journal of Legal Studies*, 1994, vol. 23, n. 2, pp. 833-867.

ARORA S. - CASON T. N., *An Experiment in Voluntary Environmental Regulation: Participation in EPA's 33/50 Program*, in *Journal of Environmental Economics And Management*, 1995, vol. 28, p. 271-286.

ASHBY SIMON, *Explaining the corporate demand for risk management: financial and economic views*, PhD thesis, University of Nottingham, 1998.

ASSUMMA B. - LEI M., *Articolo 6 (commento)*, in M. Levis-A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, p. 165 ss.

ATTILI V., *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240 ss.

AYRES I.-BRAITHWAITE J., *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Capitolo 4, Oxford Socio-Legal Studies, Oxford University Press, 1992.

BAER M. H., *Organizational Liability and the Tension between Corporate and Criminal Law*, in *Journal of Law and Policy*, 2010, vol. 19.

BAKAN J., *The Invisible Hand of Law: Private Regulation and the Rule of Law*, in *Cornell International Law Journal*, 2015, vol. 48,

BALDWIN R. - BLACK J., *Driving Priorities in Risk-based Regulation: What's the Problem?*, in *Journal of Law and Society*, 2016, vol. 43, n. 4.

BALDWIN R. - BLACK J., *Really responsive risk-based regulation*, in *Law and Policy*, 2010, vol. 32 (2). pp. 181-213.

BALDWIN R. - BLACK J., *When risk-based regulation aims low: approaches and challenges*, in *Regulation and Governance*, 2012, vol. 6 (1), pp. 2-22.

BALDWIN R. - LODGE M. – CAVE M., *Understanding Regulation*, Oxford University Press, 2012 (1999).

BALDWIN R., *Rules And Government*, New York, Oxford University Press, 1995.

BALDWIN R., *The New Punitive Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2004, vol. 67, n. 3.

BALZARINI P., *L'organismo di vigilanza*, in M. Irrera (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, cit., p. 447 ss.

BARBERIS M., *Giuristi e Filosofi, Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017.

BARDACH E. – KAGAN R. A., *Going by the book. The problem of Regulatory Unreasonableness*, Philadelphia, 1982.

BARON D. P., *Morally Motivated Self-Regulation*, in *The American Economic Review*, 2010, vol. 100, n. 4, pp. 1299-1329.

BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze, 2010.

BARTOLI R., (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University Press, Firenze, 2010.

BARTOLI R., *I piani e i modelli organizzativi anticorruzione nei settori pubblico e privato*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 11, pp. 1507-1520.

BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p.31.

BECK U. - GIDDENS A. - LASH S., *Modernizzazione riflessiva. Politica, tradizione ed estetica nell'ordine sociale della modernità*, Asterios, Trieste, 1999.

BECK U., *Conditio Humana, Il rischio nell'età globale*, Bari, Laterza, 2008.

BECK U., *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2001.

BECKER G., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, vol. 76, p. 169.

BECKER H., *Outsiders. Studi di sociologia della devianza*, Torino, 2004.

BENUSSI C., *Infedeltà patrimoniale e gruppi di società*, Milano, 2009.

BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/2009

BERNARDI A., *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999.

BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

BERNASCONI A., *Art. 6 (commento)*, in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008.

BERNASCONI A., *Art. 7 (commento)*, in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008.

BIES A. L., *Evolution of Nonprofit Self-Regulation in Europe*, in *Nonprofit & Voluntary Sector Q.*, 2010, 39, p. 1057.

BLACK J. - BALDWIN R., *Really Responsive Risk-Based Regulation*, in *Law & Pol'y*, 2010, 32, p. 181.

BLACK J., *An Economic Analysis of Regulation: One View of the Cathedral*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, vol. 16, n. 4 p. 699 – 711.

BLACK J., *Constitutionalising Self-Regulation*, in *The Modern Law Review*, 1996, vol. 59, n. 1, pp. 24-55

BLACK J., *Critical Reflections on Regulation*, in *London School of Economics and Political Science*, 2002.

BLACK J., *New Institutionalism and Naturalism in Socio-Legal Analysis: Institutional approaches to Regulatory Decision Making*, in *Law & Pol'y*, vol. 19, p. 51.

BLACK J., *Proceduralizing Regulation: Part I*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, vol. 20, n. 4, pp. 597-614

BLACK J., *Proceduralizing Regulation: Part II*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2001, vol. 21, n. 1, pp. 33-58.

BLAIOTTA R., *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Criminalia*, 2012, p. 375

BLAIR M. – STOUT L., *A team production theory of corporate law*, in *Journal of Corporation Law*, 1999, Summer, p. 751-805.

BLODGETT M. S., *Substantive Ethics: Integrating Law and Ethics in Corporate Ethics Programs*, in *J Bus Ethics*, 2011, 99, p. 39-48.

BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di comunità, 1977.



- BOBBIO N., *Teoria generale del Diritto*, Torino, G. Giappichelli, 1996.
- BOOTH R. A., *Self-Regulation in a Democratic Society*, in J. Air L. & Com., 1985, vol. 50, p. 491.
- BORCK J. C. - COGLIANESE C., *Beyond compliance: explaining business participation in voluntary environmental programs*, in C. Parker and V.L. Nielsen (Ed. by), *Explaining Compliance*, EE, 2011.
- BOYD W.R., *Self Regulation in the Petroleum Industry*, 1935 A.B.A. Sec. Mineral & Nat. Res. L. Proc. 3 (1935)
- BRAITHWAITE J. - GRABOSKY P., *Occupational Health and Safety Enforcement in Australia*, Canberra, Australian Institute of Criminology, 1985;
- BRAITHWAITE J. - MAKKAI T., *Testing an Expected Utility Model of Corporate Deterrence*, in *Law & Society Review*, 1991, vol. 25, n. 1, pp. 7-40.
- BRAITHWAITE J., *Corporate Crime in the pharmaceutical industry*, London, Routledge & Kegan Paul plc, 1984.
- BRAITHWAITE J., *Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, 1982, vol. 80, n. 7, *Articles on Corporate and Organizational Crime (Jun., 1982)*, pp. 1466-1507
- BRAITHWAITE J., *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- BRAITHWAITE J., *Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics* by Christopher Hodges, 38 Sydney L. Rev. 403 (2016)
- BRAITHWAITE J., *Meta Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity*, in *Law & Policy*, January 2003, vol. 25, n. 1.
- BRAITHWAITE J., *Regulation, Crime, Freedom*, Aldershot, Ashgate Dartmouth, 2000.
- BRAITHWAITE J., *Restorative Justice & Responsive Regulation*, Oxford University Press, 2001.

BRAITHWAITE J., *Rewards and Regulation*, in *Journal of Law and Society*, 2002, vol. 29, n. 1.

BRAITHWAITE J., *To Punish Or Persuade. Enforcement Of Coal Mine Safety*, Albany, State University of New York Press, 1985.

BRATTON W. W., *The Separation of Corporate Law and Social Welfare*, in *Washington and Lee Law review*, 2017, 74, p. 767-790.

BRICOLA F., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca sub art. 25 c. 2 Cost., pp. 238 ss.

BRICOLA F., *Il II e il III comma dell'art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, XXI, Bologna, 1981.

BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La questione criminale*, 1980, p. 210.

BROUSSEAU E. - DEDEURWAERDERE T.- SIEBENHÜNER B., *Reflexive Governance for Global Public Goods*, Cambridge, The MIT Press, 2012.

BRUSCO C., *La nuova legge sulla responsabilita professionale degli esercenti le professioni sanitarie*, in *www.ilpenalista.it*, 1 marzo 2017.

BUHMANN K., *Integrating Human Rights in Emerging Regulation of Corporate Social Responsibility: The EU Case*, in *Int'l J. L. Context*, 2011, vol. 7, p. 139.

CADOPPI A., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini*, vol. XXXVI, 2007

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico criminali*, Padova, 1988, p. 131 ss

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio. I: Profili introduttivi e politico criminali*, Padova, 1988

CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2007.

CAFAGGI F., *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in Pol. dir., 2001, 543 ss.

CAFAGGI F., *Self-Regulation in European Contract Law*, in Eur. J. Legal Stud., 2017, vol. 1, p. 163.

CALETTI G.M. - MATTHEUDAKIS M.L., *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, in Dir. pen. cont. – Riv. trim., 2/2017.

CALVANESE E. – BIANCHETTI R., *Messaggi mediatici, funzioni della pena e senso di sicurezza dei cittadini*, in Sociologia del diritto, fasc. 3/2003, p. 99-135.

CAMPANALE S., *Sistemi di gestione e di controllo nelle società italiane e company governance rules statunitensi*, in C. Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi*, cit., p. 278 ss.

CANTONE R., *Il Sistema Della Prevenzione Della Corruzione In Italia*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista online*, inaugurazione dell'anno accademico 2017/2018 del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Perugia.

CAPUTO M., *'Promossa con riserva'. La Legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi*, in Riv. it. med. leg., 2017, pp. 724 ss.;

CAPUTO M., *"Filo d'Arianna" o "flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2012.

CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, 2017, Giappichelli, Torino, Giappichelli,.

CAPUTO M., *La mano visibile. Codici Etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in Dir. Pen. Cont., 2013, vol. 1, p. 101;

CAPUTO M., La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria dopo la L. n. 24 del 2017 ... "quo vadit"? Primi dubbi, prime risposte, secondi dubbi, in *Danno e resp.*, 2017, pp. 293 ss.;

CARETTI P., *La "crisi" della legge parlamentare*, in Osservatoriosullefonti.it, n.1/2010.

CARROLL A. B., *A three dimensional model of corporate social performance*, in *Academy of Management Review*, 1979, 4, p. 497-505.

CARROLL A. B., *Corporate social responsibility - evolution of a definitional construct*, in *Business & Society*, 1999, 38(3), p. 268-295.

CARROLL A. B., *The pyramid of corporate social responsibility: toward the moral management of organizational stakeholders*, in *Business Horizons*, 1991, luglio-agosto, p. 39-48.

CASHORE B. - AULD G. - RENCKENS S., *The impact of private, industry and transnational civil society regulation and their interaction with official regulation*, in C. Parker-V. Nielsen (Ed. by), *Explaining Compliance: Business Responses to Regulation*, 2011, p. 343-376.

CASSESE S., *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

CASSESE S., *L'ordine giuridico globale*, Relazione tenuta al Convegno "Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale" presso l'Università degli studi di Reggio Calabria il 30 ottobre 2003.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009

CATA BACKER L., *Shaping a Global Law for Business Enterprises: Framing Principles and the Promise of a Comprehensive Treaty on Business and Human Rights*, in N.C. J. Int'l L., 2017, vol. 42, p. 417.

CATA BACKER L., *The Emerging Normative Structures of Transnational Law: Non-State Enterprises in Polycentric Asymmetric Global Orders*, in *BYU Journal of Public Law*, 2016, vol. 31, p. 1.

CATANIA A., *Metamorfosi del diritto, Decisione e norma nell'età globale*, Bari, Laterza, 2008.

CAVANAGH N., *Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault*, in *The Journal of Criminal Law*, 2011, 75, JCL, p. 414-440

CENTONZE F. - MANTOVANI M., *La responsabilità "penale" degli enti, dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016.

CERQUA L. D., *Art. 12 (commento)*, in in M. Levis-A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, p. 289 ss.

CHIARAVIGLIO P., *Osservazioni penalistiche 'a prima lettura' sul progetto di codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 5/2018, p. 102.

CHIU I. H-Y. - DONOVAN A., *A new milestone in corporate regulation: procedural legalisation, standards of transnational corporate behaviour and lessons from financial regulation and anti-bribery regulation*, *Journal Of Corporate Law Studies*, 2017, vol. 17, n. 2, p. 427-467

CLARICH M. - MATTARELLA B. G., *La prevenzione della corruzione*, in B. G. Mattarella - M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 59 ss.

COGLIANESE C. - LAZER D., *Management-Based Regulation: Prescribing Private Management to Achieve Public Goals*, 2003.

COGLIANESE C. - MENDELSON E., *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in *The Oxford Handbook of Regulation*, Ed. by Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, 2010.

COGLIANESE C., *The Limits of Performance-Based Regulation*, in *U. Mich. J.L. Reform*, 2017, vol. 50, p. 525.

COLAZZO L. - MARTINI B. - SCIARRONE A., *Analisi quantitativa e qualitativa delle statistiche sugli infortuni prima e dopo le principali innovazioni normative*, in A.M. STILE - A. FIORELLA - V. MONGILLO, (a cura di),

Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell’ente, Napoli, Jovene Editore, 2014.

COLLIER P., *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can Be Done About It*, OUP USA, 2008

CONSULICH F., Art. 2634 c.c. (commento), in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, Bologna, 2018, p. 479

CONSULICH F., *Corruzioni private e pubblico risparmio. Riflessioni teoriche sullo statuto penale del revisore contabile*, in Giur. Comm., 2009.

CONSULICH F., *Ex facto oritur ius criminale? Le prassi di mercato ammesse tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in Riv. Soc., 2011.

CONSULICH F., *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell’investimento mobiliare*, Milano, 2010.

CONSULICH F., *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell’investimento mobiliare*, Giuffré, Milano, 2010.

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Giuffré, Milano, 2018

COOTER R., *Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges*, 9 J. Legal Stud. 139 (1980).

COOTER R., *Decentralized Law for a Complex Economy*, in SW U. L. Rev., 1993, vol. 23, p. 443 ss.

CORSO S.M., *Codice della responsabilità “da reato” degli enti annotato con la giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2015.

COSTA P., *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)* in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), Vol. XXXVI, Milano, 2007.

COTTADORI M., *L'adozione del modello 231 da facoltà ad obbligo per le imprese*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 22 dicembre 2010

CRESPI A., *Insider trading e frode sul mercato dei valori mobiliari*, in *Studi di diritto penale societario*, II ed. Milano.

CUNNINGHAM J., *Meta-Regulation in Practice: Beyond Normative Views of Morality and Rationality*, in *Sydney L. Rev.*, 2017, vol. 39, p. 613.

CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2012.

CUPELLI C., *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 4/2017

D'ALESSANDRO F., *Autorità di vigilanza sul mercato finanziario e diritto penale*, Milano, 2012.

D'ALESSANDRO F., *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 573 ss.

D'ALESSANDRO F., *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015.

D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte Costituzionale e Corti europee*, in *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli 2006.

DAHL R., *A prelude to corporate reform*, in *Business & Society Review*, 1972, 1, p. 17-23.

DANOVI R., *Ordinamento e deontologia forense*, Giuffrè, Milano, 2016.

DAUGHETY A. F. – REINGANUM J. F., *Economic analysis of products liability: Theory*, in *Research handbook on the economics of torts*, EE, New York, 2013.

DAVIGO P. C., *Lotta alla corruzione: normazione o autonormazione? I codici deontologici*, in *Rivista della Camera di Commercio di Milano*, 1995, *Impresa & Stato*, N°29.

DAVIGO P.-MANNOZZI G., (a cura di), *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

DE FRANCESCO G., *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 2 maggio 2017.

DE MAGLIE C., *Alla ricerca di un 'effective Compliance Program': venticinque anni di esperienza statunitense*, in *Criminalia*, 2016, p. 375-399

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato, la responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè Editore, 2002.

DE MURO G. P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, p. 1654 ss.

DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Ed. ETS, Pisa, 2012.

DEFLEM M., *Habermas, Modernity and Law*, London, Sage Publications, 1996.

DELMAS-MARTY M. – MANACORDA S., *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004.

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, Paris, 1986.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit (III). La refondation des pouvoirs*, Seuil, Paris, 2006.

DELMAS-MARTY M., *Modèles et Mouvements de Politique Criminelle*, Parigi, Economica, 1983.



DI CRISTINA F., *I piani della prevenzione della corruzione (art. 1 commi 5-14)*, in B. G. Mattarella – M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 91 ss; nello stesso senso, già prima dell'introduzione della l. 190/2012 .

DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, Giappichelli, 1969.

DI GIOVINE O., *Colpa penale, "Legge Balduzzi" e "Disegno di Legge Gelli-Bianco": il matrimonio impossibile tra diritto penale e gestione del rischio clinico*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 386 ss.

DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2013.

DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006.

DI GIOVINE O., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in AA. VV., *Diritto penale ed impresa: un rapporto controverso* (a cura di A. Manna), Milano, 2004.

DI GIOVINE O., *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2151 ss.

DI LANDRO A. R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, 2012, Giappichelli, Torino.

DI LANDRO A.R., *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, 2009, Giappichelli, Torino.

DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, 2005, Padova.

DOLCINI E., *Riflessioni in tema di fonti, diritto penale minimo, responsabilità degli enti e sanzioni*, in *Rivista Italiana Diritto Procedura Penale*, 1999.

DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1984, p. 618 ss.

DONALDSON L. – DAVIS J., *Stewardship Theory or Agency Theory: CEO Governance and Shareholder Returns*, in *Australian Journal of Management*, 1991, Vol 16, 1, pp. 49 – 64.

DONALDSON L., *The Ethereal Hand: Organizational Economics and Management Theory*, in *The Academy of Management Review*, 15, no. 3, 1990, p. 369-81.

DONINI M., *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G. L. Gatta, Giuffré, 2018, p. 579 ss.

DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 46 ss.

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, n. 3/2007, pp. 902-918.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffré, Milano, 2004.

DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001.

DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, Fasc. 3, pp. 1162 ss.

DONINI M., *Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 1814.

DONINI M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2015.

DU PLESSIS J. J. - VAROTTIL U. - VELDMAN J., *Globalisation of Corporate Social Responsibility and its Impact on Corporate Governance*, Springer International Publishing AG, 2018.

DURKHEIM E., *La divisione del lavoro sociale*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.

DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

EIJSBOUTS J., *Corporate Codes as Private Co-Regulatory Instruments in Corporate Governance and Responsibility and Their Enforcement*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 24 #1, Winter 2017.

EKHATOR E. O., *Regulating the Activities of Oil Multinationals in Nigeria: A Case for Self-Regulation?*, in *Journal of African Law*, 2016, vol. 60, p. 1-28

EPSTEIN R.A., *Deferred Prosecution Agreements on Trial: Lessons from the Law of Unconstitutional Conditions*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom, Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, A.S. Barkow – R.E. Barkow (Ed. by), New York University Press, 2011.

ÉTIENNE J., « La conformation des gouvernes », in *Revue française de science politique* 2010/3 (Vol. 60), p. 493-517.

FAIRMAN R. - YAPP C., *Enforced Self-Regulation, Prescription, and Conceptions of Compliance within Small Businesses: The Impact of Enforcement*, in *Law & Policy*, 2005, vol. 27, n. 4,

FALK MOORE S., *Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*, in *Law & Society Review*, 1973, vol. 7, n. 4, pp. 719-746,

FERNANDEZ-STARK K. – FREDERICK S. – GEREFFI G., *The Apparel Global Value Chain: Economic Upgrading And Workforce Development*, 2011.

FERRAJOLI L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. Cost.*, 2010, v. 3.

FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U.Curi e G. Palombarini, Roma, 2002.

FERRARESE M. R., *Il Diritto Europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in *L'Ordine Giuridico Europeo: radici e prospettive*, Tomo I, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2002, vol. 31.

FERRARESE M. R., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010.

FERRARESE M. R., *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2000.

FERRARESE M. R., *Prima lezione di diritto globale*, Edizioni Laterza, Bari, 2012.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale Parte generale*, Bologna, Zanichelli Editore, 2014.

FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, Dibattito – Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?, 2011.

FIANDACA G., *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in *Sulla legittimazione del diritto penale Culture europeo-continentale e angloamericana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, 2008.

FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), Vol. XXXVI, Milano, 2007.

IORELLA A. – SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità 'aggregata' del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 3-4/2014, p. 105-119.

IORELLA A. - SELVAGGI N., *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Giappichelli, Torino, 2018.

FORNASARI G., *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D. Fondaroli, Cedam, Padova, 2008.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffré, 1990.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.

FORTI G., *La corruzione del pubblico amministratore. Linee di un'indagine interdisciplinare*, Giuffré, Milano, 1992.

FRANK T. A., *Confessions of a Sweatshop Inspector*, in *Washington Monthly*, Apr. 2008.

FREEMAN R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

FRIEDMAN M., *The social responsibility of business is to make profits*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970.

FRIGNANI A. - GROSSO P., *L'organismo di controllo, sua composizione e problematiche*, in C. Monesi (a cura di), *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffré, Milano, 2005.

GALLI C., *Il disagio della democrazia*, Einaudi, Torino, 2011.

GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

GALLO M., voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 637.

GAMBERINI A., *Riserva di legge*, in *Introduzione ai principi del sistema penale*, Vol. I, a cura di G. Insolera – N. Mazzacuva – M. Pavarini – M. Zanotti, Torino, Giappichelli, 2000, p. 23.

GARGANI A., *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Giuffré, Milano, 1997.

GARGANI A., *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, p. 99 ss.

GARWOOD S., *Advocacy Across Borders: Ngos, Anti-Sweatshop Activism, And The Global Garment Industry*, 2011.

GEIGER T. J., *Studi preliminari di Sociologia del Diritto*, a cura di M. L. Ghezzi, N. Bersier, Ladavac, M. Marzulli, Milano, Mimesis Edizioni, 2018.

GENN H., *Business Responses to the Regulation of Health and Safety in England*, in *Law & Pol'y*, 1993, 15, p. 219

GEORGIEVA I., *Using Transparency Against Corruption in Public Procurement, A Comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption*, Springer International Publishing AG, 2017.

GIDDENS A. - PIERSON C., *Conversation with Anthony Giddens: Making Sense of Modernity*, Cambridge, Polity press, 1998.

GILAD S., *It runs in the family: Meta-regulation and its siblings*, in *Regulation & Governance*, 2010, vol. 4, p. 485-506.

GINSBORG P., *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006.

GIUNTA F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità oggi*, in *Studi in Ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, I, pp. 71-76.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993.

GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008.

GIUNTA F., *Protocolli medici e colpa secondo il «decreto Balduzzi»*, in *Riv. it. med. legale*, 2013, 819 ss.

GOMEZ C. - DIEZ J., *Teoria de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y Posibilidad de aplicacion*, Perù, 2007.

GRABOSKY P. -BRAITHWAITE J., *Of Manners Gentle, Enforcement Strategies Of Australian Business Regulatory Agencies*, Melbourne Oxford

University Press Oxford Auckland New York in association with Australian Institute of Criminology, 1986

GRABOSKY P., *'Meta-regulation'*, in, *Regulatory Theory: Foundations And Applications*, Peter Drahos (ed.), ANU ePress, Canberra, Australia, 2017, pp. 149-161

GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della "legge quadro" n. 234 del 2012*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2013.

GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010.

GRANT A. J. – TAYLOR I., *Global Governance and Conflict Diamonds: The Kimberley Process and the Quest for Clean Gems*, 93, Round Table, 2004

GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, Dibattito – Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?, 2011.

GUNNINGHAM N. - KAGAN R. A.- THORNTON D., *Social license and environmental protection: why businesses go beyond compliance*, in *Law & Social Inquiry*, 2004, vol. 29, p. 307-341

GUNNINGHAM N. - KAGAN R. A.- THORNTON D., *Sources of corporate Environmental Performance*, in *California Management Review*, 2003, vol. 46, n. 1, p. 127 ss.;

GUNNINGHAM N. - REES J., *Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective*, in *Law & Pol'y*, 1997, vol. 19, p. 363.

GUNNINGHAM N., *Enforcement and Compliance Strategies*, in *The Oxford Handbook of Regulation*, Ed. by R. Baldwin-M.Cave-M. Lodge, Oxford Handbooks Online, 2010.

HAINES F., *The Paradox of Regulation, What Regulation Can Achieve and What it Cannot*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd, 2011.

HAMMER J., "Nigeria Crude. A hanged man and an oil-fouled landscape, Harpers, June 1996.

HANDELSMAN S., *Mining in Conflict Zones*, in *Business And Human Rights: Dilemmas And Solutions*, ed. By Rory Sullivan, 2003

HAREL A., *Economic analysis of criminal law: a survey*, in *Research handbook on the economics of criminal law*, 2012.

HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007.

HASSEMER W., *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel - H. Meyer - H. Simon, Baden Baden 1994, p. 731 ss

HASSEMER W., *Prozedurale Rechtfertigungen*, in *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, a cura di H. Däubler-Gmelin, K. Kinkel - H. Meyer - H. Simon, Baden Baden 1994, p. 731 ss

HAWKINS K., *Enforcing Regulation: Robert Kagan's Contribution - And Some Questions*, in *Law & Social Inquiry - Journal of the American Bar Foundation*, Vol. 38, Issue 4, 950–972, Fall 2013.

HETHERINGTON J., *Corporate Social Responsibility Audit: A Management Tool for Survival*, in *The Foundation for Business Responsibilities*, Londra, 1973.

HOCH D. - BROOKE HAMILTON J., *The Hope and Limits of Legal Optimism: A Comment on the Theories of Orts and Nesteruk Regarding the Impact of Law on Corporate Ethics*. *Business Ethics Quarterly*, 1999, vol. 9, issue 4, p. 677-688.



HOOD C. - ROTHSTEIN H. - BALDWIN R., *The Government of Risk, Understanding Risk Regulation Regimes*, New York, Oxford University Press, 2001.

HOWARTH W., *Self-Monitoring, Self-Policing, Self-Incrimination and Pollution Law*, in *The Modern Law Review*, 1997, MLR 60:2.

HSIEH N., *The Responsibilities and Role of Business in Relation to Society: Back to Basics?*, in *Business Ethics Quarterly*, 2017, 27:2.

HUMAN RIGHTS WATCH, *The Price Of Oil: Corporate Responsibility And Human Rights Violations In Nigeria's Oil Producing Communities* (1999)

HUMPHREYS M. – SACHS J. D. – STIGLITZ J. E., *Introduction. What Is the Problem with Natural Resource Wealth?*, in Id., *Escaping the Resource Curse*, Columbia University Press, 2007.

I.O.S.C.O., *Model for Effective Regulation, Report of the SRO Consultative Committee of the International Organization of Securities Commissions*, May 2000.

IADECOLA G., *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 giugno 2017.

INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS AND BUSINESS, *How Home Governments Can Incentivise Responsible Business Conduct of Extractive Companies Operating Abroad*, 2017.

IRRERA M., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, 2016, Bologna, Zanichelli.

IRTI N. – SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma, Laterza, 2001.

IRTI N., *Diritto senza verità*, Bari, Editori Laterza, 2011.

IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007.

IRTI N., *Il salvagente della forma*, Bari, Editori Laterza, 2007.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1979.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.

ITCOVICH G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* (DPCE), 2009.

ITZCOVICH G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2009, fasc. I.

KAUFMANN A., *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift Henkel*, Berlin-New York, 1974, p. 89 ss.;

KELSEN H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffré, Milano, 1989.

KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1959.

KERN GRIFFIN L., *Compelled Cooperation And The New Corporate Criminal Procedure*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* (2007), p. 339.

KLEINSTEUBER H. J., *Self-regulation, Co-regulation, State Regulation*, in *The Internet between Regulation and Governance*,

LABIANCA D., *La responsabilità penale dell'impresa tra soft law e compliance programs*, in A. Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, II Ed., WK-Cedam, Milano 2018, p. 124.

LANGE B. - HAINES F. - THOMAS D., *Regulatory Transformations, Rethinking Economy - Society Interactions*, Oxford, Hart Publishing, 2015.

LAUFER W. S., *Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance*, in *Vand. L. Rev.*, 1999, vol. 52, p. 1341.

LEX MUNDI, *Business Crimes and Compliance Criminal Liability of Companies Survey*, prepared by the *Lex Mundi Business Crimes and Compliance Practice Group*, February 2008.

LOCKE R.– AMENGUAL M. – MANGLA A., *Virtue out of Necessity?: Compliance, Commitment, and the Improvement of Labor Conditions in Global Supply Chains*, 37 Pol. & Soc'y, 2009

LOSAPPIO G. - ADUASIO S., *Blowin' In The...Whistle: Il Primo Rapporto Dell'anac Sul C.D. Whistleblowing*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista online*, 8 maggio 2017.

LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 1643 ss.

LÜDERSSEN K., *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffré, 2005.

LUHMANN N., *Potere e complessità sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1979.

LUHMANN N., *Sistema Giuridico e Dogmatica Giuridica*, Il Mulino, 1982.

LUHMANN N., *The Self-Reproduction of Law and its Limits*, in *The Dilemmas of Law in the Welfare State*, edited by Gunther Teubner, De Gruyter, Inc., 2011

LUNENBURG F. C., *Compliance Theory and Organizational Effectiveness*, in *International Journal Of Scholarly Academic Intellectual Diversity*, Vol. 14, n. 1, 2012.

MANACORDA S. – CENTONZE F. – FORTI G., *Preventing Corporate Corruption, The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014.

MANACORDA S., *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas Marty*, Giappichelli, Torino, 2004.

MANCINI C., *Il D. Lgs. N. 231/2001 nell'esperienza dell'associazione bancaria italiana*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex. D. lgs. 231 del 2001*, cit. p. 433

MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2010.

MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

MANNO M. A., *Profili penali dell'insider trading*, Giuffrè, Milano 2012.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, CEDAM, Padova 2017.

MANTOVANI M., *Il principio di Affidamento nella Teoria del Reato Colposo*, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

MANTOVANI M., *L'esercizio di un'attività non autorizzata*, Torino, 2003,

MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Corso di Diritto Penale I, Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità, Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Milano, Giuffrè Editore, 2001.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965.

MARINUCCI G., *Profili di una riforma del diritto penale*, in AA. VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 26;

MATTARELLA B. G., *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione alla corruzione*, in *Percorsi Cost.*, 2012, p. 17.

Mattarella B.G. – Pelissero M., *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013.

MAZZACUVA FED., *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *L'indice penale*, 2013, N. 2, 737 ss.

MAZZACUVA FED., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 2/2016, p. 80 ss.

MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983.

MC BARNET D. – WHELAN C., *Challenging the Regulators: Strategies for Resisting Control*, in C. McCrudden (ed.), *Regulation and Deregulation*.

MC BARNET D. – WHELAN C., *The Elusive Spirit of the Law: Formalism and the Struggle for Legal Control*, 1991, 54 MLR 848.

MC BARNET D., *Law, Policy and Legal Avoidance* (1988) *Journal of Law and Society* 113.

MERUSI F. – PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003.

MESSINA G., *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto penale*, Franco Angeli, Milano, 2012.

METCALF C., *Corporate Social Responsibility as Global Public Law: Third Party Rankings as Regulation by Information*, 28, in *Pace Env'tl. L. Rev.*, 2010, p. 145.

MILITELLO V., *Rischio e Responsabilità Penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1988.

MILLER G. P., *An Economic Analysis of Effective Compliance Programs*, in *New York University Law and Economics, Working Papers*, 2014, paper 396.

MILLER G. P., *Compliance: Past, Present and Future*, in *University of Toledo Law Review*, 2017, vol. 48, p. 437-452.

MINTZBERG H., *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1996, p. 172.

MITCHELL R. B., *Compliance Theory: "Compliance, Effectiveness, and Behavior Change in International Environmental Law*, in *Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007.

MODUGNO F., *Sul ruolo della legge parlamentare (considerazioni preliminari)*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2009.

MONGILLO V., *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A. M. Stile-A. Fiorella-V. Mongillo (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014.

MONGILLO V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione Internazionale, Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.

MOSES L. N. - SAVAGE I., *The Effect of Firm Characteristics on Truck Accidents*, in *Accident Analysis and Prevention*, 1994, vol. 26(2), p. 173-179.

MURRAY A. – SCOTT C., *Controlling The New Media: Hybrid Responses To New Forms Of Power*, *The Modern Law Review*, 2002, vol. 65, July 2002, No 4.

MUSCO E., *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, II, p. 87.

NOTARO D., *Autorità indipendenti e norma penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

O'ROURKE D., *Outsourcing Regulation: Analyzing Nongovernmental Systems of Labor Standards and Monitoring*, *POL'Y STUD. J.*, 1, 2003.

OGUS A., 9400 Self-Regulation (voce), in *Encyclopedia of Law & Economics*, University of Manchester, 1999, p. 587-602.

OGUS A., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford University Press, 1994.

OGUS A., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 15, n. 1, pp. 97-108.

OSBORNE D. – GAEBLER T., *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, 1992.

OST F. - VAN DA KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

OSUJI O. K., *Corporate social responsibility, juridification and globalisation: 'inventive interventionism' for a 'paradox'*, in *International Journal of Law in Context*, 11,3 pp. 265–298 (2015), Cambridge University Press 2015.

PADOVANI T., *La sopravvivenza del codice Rocco nella «età della decodificazione»*, in *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, Bologna, Il Mulino, 1981.

PAGE A. C., *Self-Regulation: The Constitutional Dimension*, in *Mod. L. Rev.*, 1986, vol. 49, p. 141.

PAGE A. C., *Self-Regulation: The Constitutional Dimension*, *The Modern Law Review*, Vol. 49, No. 2 (Mar., 1986), pp. 141-167.

PAGLIARO A. - PARODI GIUSINO M., *Principi di diritto penale. Parte speciale. I. Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008

PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2/2005.

PALAZZO F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, Padova, 1979.

PALAZZO F. C., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

PALAZZO F. C., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, vol. XXXVI

PALAZZO F., *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, Firenze, 2011.

PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. fior. stor. pens. giur. mod.*, 2007, vol. 36, 2007.

PALIERO C. E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. ed enti*, 2006.

PALIERO C. E., “*Universitas Delinquere Scit*”. *Paradigmi ascrittivi della responsabilità “penale” degli enti nell’ordinamento italiano*, in *Dogmatica penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*, a cura di Àvalos Rodríguez – Constante Carlos, Lima, 2008, p. 567 ss.

PALIERO C. E., «*Minima non curat praetor*». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, CEDAM, Padova, 1985.

PALIERO C. E., Art. 7 (commento), in M. Levis-A. Perini (diretto da), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, p. 187; S.M. CORSO, *Codice della responsabilità “da reato” degli enti annotato con la giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 95 ss

PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992.

PALIERO C. E., *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d’impresa: tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. 3, La Tribuna, Piacenza, 2010.

PALIERO C. E., *Dieci anni di corporate liability nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell’evoluzione della legislazione e della prassi*, in AA. VV., *D.Lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Soc.*, 2011, numero speciale.



PALIERO C. E., *Diritto penale classico versus diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?*, in *R. Fac. Direito, Curitiba*, 1992/93, p. 21 ss.

PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri postdelmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014.

PALIERO C. E., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990.

PALIERO C. E., *Il sogno di Clitennestra. Mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire*, in *Studi in Onore di Emilio Dolcini*.

PALIERO C. E., *L'agorà e il palazzo*, in *Criminalia*, 2012.

PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994.

PALIERO C. E., *L'economia della pena. Un work in progress*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2005.

PALIERO C. E., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, p. 207.

PALIERO C. E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte generale" di un codice penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000.

PALIERO C. E., *La società punita del come, del perché, del per cosa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008.

PALIERO C. E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992.

PALIERO C. E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*. Atti del Convegno (Courmayeur, 25-26 settembre 2009), Milano, 2010.

PALIERO C. E., *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito*, a cura di C. Perini e F. Consulich, Milano, 2006.

PALIERO C. E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004.

PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

PALIERO C.E., *L'economia della pena (un work in progress)*, in E. Dolcini-C.E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 595

PALIERO C.E., *Pragmatica e paradigmatica della clausola di 'extrema ratio'*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, in corso di pubblicazione.

PANUCCI M. - TAJANA A., *Il ruolo delle associazioni di imprese: le linee guida della Confindustria*, in C. Monesi, *I modelli organizzativi ex. D. lgs. 231 del 2001*, cit., p. 405 ss.

PARKER C., *Regulator-Required Corporate Compliance Program Audits*, in *Law & Policy*, 2003, vol. 25, n. 3.

PARKER C., *The Open Corporation, Effective Self-regulation and Democracy*, Cambridge UK, Cambridge University Press, 2002.

PARKINSON J., *Corporate Power and Responsibility: Issues in the Theory of Company Law*, Oxford University Press, 1993.

PARSONS T., *The Law and Social Control*, trad. It. *Sistema giuridico e controllo sociale*, in *La teoria funzionale del diritto*, a cura di A. Giansanti e V. Pocar, Milano, Unicopli, 1981, pp. 85-102.

PAVICH G., *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: cosa cambia con la Legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2961 ss.

PEDRAZZI C., *Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, p. 1100 s.

PELLEGRINI L., *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, fasc. 2, pp. 30 e ss.

PÉREZ MANZANO M. - LASCURAÍN SÁNCHEZ J.A. - MÍNGUEZ ROSIQUE M., *Multilevel Protection of the Principle of Legality in Criminal Law*, Cham, Springer International Publishing, 2018.

PÉREZTS M. - PICARD S., *Compliance or Comfort Zone? The Work of Embedded Ethics in Performing Regulation*, in *J Bus Ethics*, 2015, 131, p. 833–852,

PERINI C. - CONSULICH F., (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano, Lezioni del corso di diritto penale progredito*, Milano, CUEM, 2006.

PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffré, 2010.

PERRIELLO T. – WIERDA M., *The Special Court For Sierra Leone Under Scrutiny*, 2006.

PETTOELLO MANTOVANI L., *Convenzione europea e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffré, Milano, 1991.

PFAFF A. - SANCHIRICO C. W., *Big Field, Small Potatoes: An Empirical Assessment of EPA's Self-Audit Policy*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 2004, vol. 23, n. 3, p. 415–432.

PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, vol. 3, p. 261 ss.

PIERGALLINI C., *Colpa* (voce), in *Enciclopedia del diritto Annali*, 2017, X; Milano, Giuffre; pp. 222 – 265

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Giuffré, Milano, 2004.

PIERGALLINI C., *La regola dell'”oltre ogni ragionevole dubbio” al banco di prova di un ordinamento di civil law*, in Bargis – Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Giappichelli, Torino 2007

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “MODELLO ORGANIZZATIVO” ex d. lgs. 231/2001)*, relazione all'Incontro di studio del C.S.M. sul tema: *“Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi”*, Roma, 28 - 30 marzo 2011.

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.L.G. N. 231/2001). (Parte I)*, in *Cass. Pen.*, 2013, vol. 53, n. 1, p. 376-399.

PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.L.G. N. 231/2001). (Parte II)*, in *Cass. Pen.*, 2013, vol. 53, n. 2, p. 842-867.

PIERGALLINI, C., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto “cedevole”*, in *Criminalia*; Pisa, ETS edizioni; pp. 387 – 400.

PIRAS P., *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590-sexies c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 marzo 2017

POLI P.F., *Il D.D.L. Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 febbraio 2017.

POWELL W. W. - DIMAGGIO P. J., *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago: University of Chicago Press, 1991, 478 pp.

POWER M., *The Audit Society: Rituals of Verification*, Oxford Scholarship Online, 2011 (1999).

PRANDINI R., *La “costituzione” del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, 2005, pp. 191 – 225.

PRIEST M., *The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation*, in *Ottawa L. Rev.*, 1998, vol. 29, p. 233.

PRITTWITZ C., *Società del rischio e diritto penale*, in AA. VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte*, cit., p. 371 ss.

PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p. 1033

PUPPO F., *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia*, 2009.

RAHIM M. M., *Harnessing SD and CSR within Corporate Self-regulation of Weak Economies - A Meta-regulation Approach*, in *Business and Society Review*, 118:4, p. 513-537.

RAHIM M. M., *Meta-regulation Approach of Law: A Potential Legal Strategy to Develop Socially Responsible Business Selfregulation in Least Developed Common Law Countries*, in *Common Law World Review*, 2011, vol. 40, p. 174-206.

RATNER S. R., *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, 2001, III, YALE L.J.

RIONDATO S., *Influenze di principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, In *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, Fasc. 4, 2011.

RISICATO L., *Il nuovo statuto della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 7 giugno 2017.

ROCKEFELLER E. S., *Industry Efforts at Self-Regulation*, in *Antitrust Bull.*, 1965, 10, p. 555.

RODRIQUEZ S., *Self-regulation as a regulatory strategy: the Italian legal framework*, in *Rethinking Self-Regulatory Modes and Strategies in Europe at the European University Institute*, in *Utrecht Law Review*, October 2005.

ROIATI A., *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 21 luglio 2017.

ROMANO B., *Critica della ragione procedurale, Logos e Nomos*, Roma, Bulzoni Editore, 1994-1995.

ROMANO M., «*Repressione della condotta antisindacale*». *Profili penali*, Milano, 1974.

ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2007, p. 1273.

ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2007, p. 1273

ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 2006, p.31 ss.

ROMANO S., *L’Ordinamento Giuridico*, 1918.

ROMANO S., *L’ordinamento giuridico*, 1977, Firenze, Nuova Biblioteca, (1918).

ROMANO S., *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951.

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969.

ROSTAIN T., *Self-Regulatory Authority, Markets, And The Ideology Of Professionalism*, in Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge (Ed. by), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford Handbook Online.

ROXIN C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid-Barcelona, 2000.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Trad. it. S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.

ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, I ed. Hamburg, 1963.

RUGGIERO R.A., Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 12 ottobre 2015

SARTARELLI S., Art. 12 (commento), in in A. Presutti-A. Bernasconi-C. Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D. Legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008, p.192 ss.

SCAMARDELLA F., *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in *i-lex*, 2011, 13-14 , pp. 199 – 222, ([www.i-lex.it](http://www.i-lex.it)).

SCHUMPETER J. A., *Democrazia, socialismo, capitalismo*, Etas, Milano, 1977.

SCIULLO G., *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (art. 1, commi 1-4)*, in ), in B. G. Mattarella – M. Pelissero, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 71 ss.;

SCOLETTA M. M., *Il principio di legalità penale europea*, in *Europa e Diritto penale*, 2013.

SCOLETTA M. M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Momboso, Pavia, 2012.

SCOLETTA M., *La «specialità» della causa di esenzione dai reati di bancarotta: funzionalità e limiti scriminanti dell'art. 217 bis l. fall.*, in *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza*, a cura di R. Borsari, Padova, 2015, p. 393 ss.

SCOTT C., *Private Regulation of the Public Sector: A Neglected Facet of Contemporary Governance*, J.L. & Soc'y, 29, 2002, p. 56

SEMINARA S., *Informazione finanziaria e diritto penale*, in AA.VV., *Impresa e giudizio penale: tra passato e futuro*, Giuffr , Milano, 2009.

SENDEN L., *Soft Law, Self-Regulation And Co-Regulation In European Law: Where Do They Meet?*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2005, vol. 9.1, January 2005, <http://www.ejcl.org/>.

SERENI A., *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Giappichelli, Torino, 2016.

SGUBBI F., *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, a cura di D.Fondaroli, Cedam, Padova, 2008;

SHELL GROUP, *Profits And Principles: Does There Have To Be A Choice?*, Report di Shell, 1998.

SHELTON D. L., *Commitment and Compliance: The Role Of Non-Binding Norms In The International Legal System*, in *GW Law Faculty Publications & Other Works Faculty Scholarship*, 2000.

SHIFT, *From Audit to Innovation: Advancing Human Rights in Global Supply Chains*, New York, Aug. 2013

SIERRA LEONE TRUTH AND RECONCILIATION COMMISSION, *Witness To Truth: Report Of The Sierra Leone Truth And Reconciliation Commission*, 2, 2004

SILVA SANCHEZ J. M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle societ  postindustriali*, Ed. Ita. A Cura di V. Militello, Giuffr , Milano, 2004.

SILVA SANCHEZ J. M.; *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle societ  postindustriali*, a cura di Vincenzo Militello, Milano, Giuffr , 2004.

SIMPSON S. S. - GIBBS C. - RORIE M. - SLOCUM L. A., *An Empirical Assessment of Corporate Environmental Crime-Control Strategies*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 2013, vol. 103, p. 231.



SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, Milano, 2007.

SOTIS C., *La “mossa del cavallo”. La gestione dell’incoerenza nel sistema penale europeo*, in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2012.

SOTIS C., *Le “regole dell’incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracné Ed., Roma, 2012.

SPARROW, M. K., *The Regulatory Craft : Controlling Risks, Solving Problems, and Managing Compliance*, Brookings Institution Press, 2001.

STELLA F., *Criminalità d’impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1998, p. 459-478.

STILE A.M. - FIORELLA A. - MONGILLO V., (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell’ente*, Napoli, Jovene Editore, 2014.

STILE A.M. - MONGILLO V. - STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013 (ivi Presentazione dei curatori, p. XI-XVIII).

STRADELLA E., *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008 a cura di E. Orlandi e L. Montanari, Torino, 2009, Giappichelli.

STRANGE S., *Chi governa l’economia mondiale?*, Bologna 1998.

STRETESKY P. B., *Corporate Self-Policing and The Environment*, in *Criminology*, 2006, vol. 44, n. 3, p. 671.

TANGEN K., *“Shell: Struggling to Build a Better World?”*, Fridtjof Nansen Institute, Report 1/2003.

TEUBNER G., *Constitutional Fragments*, Oxford University Press 2012.

TEUBNER G., *Corporate Codes in the Varieties of Capitalism: How Their Enforcement Depends on the Differences among Production Regimes*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 2017, 24, p. 81.

TEUBNER G., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, European University Institute Series A-Law, pp. 299-325

TEUBNER G., *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, in Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Brookfield, Dartmouth, 1997, p. 3-28

TEUBNER G., *Il Diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè Editore, 1996.

TEUBNER G., *Juridification of Social Spheres*, Berlino, 1987.

TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, Bruno Mondadori, 2012.

TEUBNER G., *Self-Constitutionalizing TNCs? On the Linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2011, vol. 18, n. 2, pp. 617-638.

TEUBNER G., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 1983, vol. 17, n. 2, pp. 239-286

TEUBNER G., *The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by Private Transnational Actors*, in *The Modern Law Review*, 2006, vol. 69, n. 3, pp. 327-346.

TEUBNER G., *The Dilemmas of Law in the Welfare State*, De Gruyter, Inc., 2011.,

TEUBNER G., *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law & Soc'y, Rev.*, 1997, vol. 31, p. 763

TEUBNER G., *The Transformation of Law, in the Welfare State*, in *The Dilemmas of Law in the Welfare State*, edited by Gunther Teubner, De Gruyter, Inc., 2011.,

TORRE V., *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, BUP, Bologna, 2014.

TREVES R., *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 2005.

TYLER T. R.- FAGAN J., *Legitimacy and Cooperation: Why Do People Help the Police Fight Crime in Their Communities*, in Ohio St. J. Crim. L., 2008, vol. 6, p. 231.

TYLER T. R., *Legitimacy and Criminal Justice: The Benefits of Self-Regulation*, in Ohio State Journal of Criminal Law, 2009, vol. 7, p. 307-359.

TYLER T. R., *Psychology and the deterrence of corporate crime*, in Research Handbook on corporate crime and financial misleading, EE, New York, 2018

TYLER T. R., *Reducing Corporate Criminality: The Role of Values*, in Am. Crim. L. Rev., 2014, vol. 51, p. 267.

TYLER T. R., *Why people obey the law*, London, Yale University Press, 1990.

ULRICH H. - PROBST G.J.B., *Self-Organization and Management of Social Systems, Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg New York Tokyo, 1984.

VALENTINI VIC., *Diritto penale intertemporale: logiche continentali ed ermeneutica europea*, 2010, Giappichelli.

VALENTINI VIN. - MORELLO F., *Sanzioni disciplinari e modello di organizzazione della sicurezza aziendale*, in A.M. Stile-A. Fiorella-V. Mongillo, Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla “colpa” dell’ente, Jovene, Napoli, 2014, p. 287 ss.

VAN DEN HOOGEN T. - NOWAK T., *The Emergence And Use Of Self-Regulation In The European Decision-Making Process: Does It Make A Difference?*, in *Legisprudence*, 4:3, p. 343-383.

VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, Torino 1994, pp. 278-328.

VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, Tomo II I delitti colposi*, in "Trattato di Diritto Penale Parte Speciale" diretto da Marinucci G. e Dolcini E., Padova, CEDAM, 2009.

VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, Milano, 2003, p. 168 s.

VENEZIANI P.; *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007.

VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Diritto penale e Processo*, Speciale Europa e giustizia penale, 2011.

VIGANÒ F., *Il diritto penale sostanziale*, in *Diritto penale e Processo*, Speciale Europa e giustizia penale, 2011.

VIGANÒ F., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, In *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011.

VILLANI E., *La "colpa di organizzazione" nell'illecito dell'ente da reato, un'indagine di diritto comparato*, ottobre 2013.

VOGLIOTTI M., *Introduzione*, in *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo : estratti da Il tramonto della modernità giuridica: un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2013.

VOICULESCU A., *Human Rights and the New Corporate Accountability: Learning from Recent from Recent Developments in Corporate Criminal Liability*, in *Journal of Business Ethics*, 2009, 87, p. 419-432.

VORNBAUM T., *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dottrina* (trad. it. M. Donini), in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*, 1/2015, p. 51 ss.

WARIN F. J.- SCHWARTS J. C., *Corporate Compliance Programs as a Component of Plea Agreements and Civil and Administrative Settlements*, in *The journal of the corporation Law*, 1998.

WELZEL H., *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe, 1961.

YEUNG K., *Securing Compliance, A principled approach*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

ZACHARIAS F. C., *The Myth of Self-Regulation*, in *Minnesota Law Review*, 2009, vol. 93, San Diego Legal Studies Paper No. 09-018

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V.Manes-V.Zagrebel'sky, Giuffrè, Milano, 2011.

ZIPF H., *Politica criminale*, Milano, Giuffrè Editore, 1989.